

L'ÉVOCATION EN MATIÈRE CIVILE

(Article 473 du Code de Procédure)

THESE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit
le Vendredi 16 Novembre 1934, à 15 heures

PAR

André CARLES

Avocat au Barreau de Lisieux

MEMBRES DU JURY

Président : M. PRUDHOMME, Professeur

Suffragants : { M. LEMONNIER, Professeur.
M. YVER, Professeur.

CAEN

A. OLIVIER, IMPRIMEUR-ÉDITEUR (M. CARON, directeur)

34, Rue Demolombe

1934

THÈSE
POUR LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

L'ÉVOCATION EN MATIÈRE CIVILE

(Article 473 du Code de Procédure)

THESE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit
le Vendredi 16 Novembre 1934, à 15 heures

PAR

André CARLES

Avocat au Barreau de Lisieux

MEMBRES DU JURY

Président : M. PRUDHOMME, Professeur

Suffragants : { M. LEMONNIER, Professeur.
M. YVER, Professeur.

CAEN

A. OLIVIER, IMPRIMEUR-EDITEUR (M. CARON, directeur)

34, Rue Demolombe

1934

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1933-1934

DOYEN :

M. Henry NÉZARD (*, I. ㊦)

DOYEN HONORAIRE :

M. Eustache PILON (*, I. ㊦)

ASSESSEUR DU DOYEN :

M. GOMBEAUX (I. ㊦)

PROFESSEURS HONORAIRES :

MM. CABOUAT (O. *, I. ㊦)

DEGOIS (I. ㊦)

PROFESSEURS :

MM. NÉZARD (*, I. ㊦), *Professeur de Droit administratif*, chargé du cours de *Législation minière*.

GOMBEAUX (I. ㊦), *Professeur de Droit civil*, chargé du cours de *Droit international privé*.

BRIDREY (I. ㊦), *Professeur de Droit romain*, chargé du cours d'*Histoire du Droit public*.

NOYELLE (I. ㊦), *Professeur d'Economie politique*.

LEMONNIER (A. ) , Professeur de Droit civil, chargé du cours de *Législation industrielle*.

PERREAU (A. ) , Professeur de Droit criminel, chargé du cours de *Droit maritime*.

LAMPUÉ, Professeur de Droit international public et de Droit constitutionnel, chargé du cours de *Droit administratif*.

YVER, Professeur d'Histoire du Droit français et d'Histoire du Droit privé.

FRÉJAVILLE, Professeur de Droit civil, chargé du cours de *Notariat et Enregistrement*.

PRUDHOMME, Professeur de Procédure civile et de Voies d'exécution.

BESNIER, Professeur de Droit romain, chargé du cours d'Histoire de la Coutume de Normandie.

LEDUC, Agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique, du cours d'Histoire des Doctrines économiques et du cours de *Législation financière*.

PERCEROU, Agrégé, chargé du cours de *Droit commercial*.

SECRETAIRE :

M. ROUX (I. , , ) , Secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.



INTRODUCTION

Le législateur en instituant les tribunaux d'appel a entendu conférer aux parties une garantie supplémentaire, il a voulu aussi, et cela n'est pas douteux assurer une meilleure justice dans l'intérêt de l'ordre public ; car si l'existence d'un tribunal du second degré constitue pour le plaideur malheureux un avantage précieux, il est vrai, cependant, que toutes les Sociétés civilisées ont fortifié l'autorité de leurs institutions judiciaires en établissant des magistrats qui aux yeux des justiciables possèdent une science plus grande.

Quelle que soit la solution donnée au litige par les Juges de première instance, on peut toujours craindre une erreur, d'autant plus facile à commettre que personne ne viendra la redresser ; par conséquent le seul fait de l'existence d'une hiérarchie constituée, en dehors de tout appel, une précieuse garantie : le procès sera examiné plus soigneusement.

Il arrive souvent encore que, malgré toute son intégrité, le magistrat de première instance ne juge pas avec une complète indépendance d'esprit : les plaideurs

sont trop près de lui ; toute affaire importante se présente devant lui dans une atmosphère de passion ; il se peut que son opinion soit faite avant qu'il ait entendu les plaidoiries.

Le magistrat supérieur s'élève plus facilement au-dessus des considérations locales, il est plus éloigné des plaideurs qui acceptent plus facilement ses décisions parce qu'il leur inspire une confiance plus grande.

Ce que nous avançons se vérifie tous les jours dans la pratique, les juridictions inférieures ne sont guère respectées des plaideurs surtout celles qui ont un caractère professionnel (Tribunaux de Commerce, Conseils de Prud'hommes) le législateur a commis en les créant, une faute de psychologie.

Remarquons toutefois que la raison que nous venons de donner n'est pas décisive.

Ne pourrait-on dire en effet que si le législateur institue des juges supérieurs et qui paraissent plus compétents ou plus indépendants, les parties ne peuvent-elles pas s'adresser à eux directement ; ce serait même l'intérêt d'une bonne justice ?

La nécessité de l'appel se justifie donc par une autre idée :

Il est bon, aussi bien pour le juge que pour les plaideurs, que le procès soit examiné deux fois ; le procès est un « match » ; tel argument n'a pas été suffisamment mis en valeur en première instance ; ou bien le dossier de l'un des adversaires n'était pas au point ; il faut donner aux parties le moyen de courir leur chance d'une manière complète ; il faut aussi que le juge d'appel trouve un dossier déblayé accompagné d'une

première opinion ; combien alors il embrasse mieux l'ensemble de l'affaire en un mot l'appel diminue les chances d'erreur ; et s'il est nécessaire que le juge d'appel soit le supérieur hiérarchique du juge de première instance, c'est parce que la compétition ne comporte que deux « manches », que le juge d'appel non seulement doit donner un nouvel avis mais par là-même, juger le travail accompli par d'autres juges pour l'approuver ou le détruire.

La véritable raison d'être de l'appel est qu'il permet la meilleure étude d'un dossier ; mais l'homme a des désirs contradictoires ; il veut une justice bien rendue, ce qui demande une étude approfondie des affaires, et d'autre part il veut aller vite et dépenser le moins d'argent possible.

Il faut bien reconnaître que l'appel retarde la solution des procès ; dans beaucoup de cas nul ne s'en plaindra ; mais il en est d'autres où la règle du double degré de juridiction conduit à des résultats mauvais :

Les jugements susceptibles d'appel ne sont pas seulement les jugements définitifs sur le fond, mais aussi les jugements avant dire droit : si le juge d'appel infirme un jugement avant dire droit, il faudra revenir devant un juge qui ne paraît plus qualifié pour juger l'affaire ; le nouveau jugement sur le fond sera lui-même susceptible d'appel ; il y aura eu quatre instances successives.

Ne vaut-il pas mieux permettre au juge d'appel d'étudier le fond de l'affaire chaque fois qu'il estime inutile la mesure d'instruction ordonnée par le premier juge ou bien chaque fois que le premier juge a refusé de statuer au fond alors qu'il aurait très bien pu le

faire ? (nous employons à dessein une formule générale) et cela n'est-il pas préférable spécialement au cas où l'affaire a été sérieusement instruite en première instance.

La règle du double degré de juridiction doit donc être complétée par une institution qui permette au juge, dans certains cas, d'attirer l'affaire à lui, dans un but d'économie et de célérité. C'est le droit d'évocation.

Nous venons ainsi de caractériser cette institution ; l'article 473 du Code de procédure civile nous précise les conditions de son fonctionnement.

L'évocation est la faculté qu'a la juridiction du second degré, saisie de l'appel d'un jugement qui n'est pas définitif (paragraphe 1^{er}) ou d'un jugement définitif attaqué pour des motifs étrangers au fond (nous ne donnons qu'une formule générale pour l'instant, car il faut s'entendre sur l'expression « jugement définitif ») d'attirer ce fond à elle et d'y statuer en infirmant le jugement frappé d'appel.

Il suffit, pour ne pas renvoyer l'affaire devant les premiers juges, qu'elle soit en état, et que les juges d'appel manifestent la réalisation de cette condition en statuant sur l'infirmité et sur le fond par un seul jugement qui termine bien le procès.

Berriat Saint-Prix parle quelque part et plus justement de « retenue » ; en effet le juge supérieur n'attire pas l'affaire à lui pas plus qu'elle ne lui est transmise ; il retient une cause qu'il pourrait renvoyer au juge inférieur ; et, en effet, le terme « *translatio litis* » qui désignait l'évocation dans l'Ancien Droit s'entendait de l'attribution à un juge d'une affaire dont la con-

naissance appartenait à un autre ; cela se produisait sous la législation intermédiaire ; les lois de 1790 faisaient une obligation au juge du second degré de conserver l'affaire lorsqu'ils réformaient pour nullité, vice de forme ou fausse déclaration d'incompétence, alors que les parties avaient mis le juge à même de statuer au fond.

Le terme « évocation » s'appliquait aussi aux évocations de grâce qui étaient le résultat des privilèges de committimus et garde gardienne, abolis le 24 août 1790 (1).

★ ★

L'évocation est donc une exception à la règle « tantum devolutum, quantum appellatum » et elle a pour effet de remettre en appel la cause dans le même état où elle se présentait devant les juges du premier degré, dont la décision infirmée n'a plus d'existence légale.

Les juges d'appel ont à statuer sur tous les chefs des conclusions de première instance qui sont reproduits devant eux, et ils statuent sans appel. Le fond du litige n'est donc réellement jugé qu'une fois ; ce n'est pas à dire que leur décision soit à l'abri de tout recours et nous verrons dans quelle mesure la Cour de cassation peut exercer son contrôle sur l'évocation ; mais il importe de bien marquer dès le début de notre ouvrage cet effet de l'évocation qui est de supprimer le premier degré de juridiction ; le fond du litige ne pourra être soumis à nouveau à un tribunal supérieur.

(1) Dalloz, *Répertoire*, V° *Degré de Juridiction*, n° 525.

Cette exception aux règles ordinaires est d'ailleurs très caractérisée au cas d'appel d'une sentence du Juge de Paix devant le tribunal civil ; si le tribunal évoque le fond, les parties ne pourront déférer sa décision à la Cour d'appel.

Le droit d'évoquer a donc pour résultat de conférer au magistrat supérieur le droit de statuer sans appel sur une affaire qui n'a pas été réellement examinée par le juge inférieur ; nous aurons à étudier dans quelle mesure il y a violation de la règle du double degré de juridiction.

Pourquoi le législateur a-t-il admis une aussi grave dérogation aux principes qu'il a posés en matière d'appel ?

Nous avons déjà donné une raison d'ordre général : la rapidité, l'économie ; il ne faut pas méconnaître ces avantages mais nous estimons qu'ils n'ont pas été les mobiles déterminants : le droit d'évocation a pour but d'assurer aux tribunaux du second degré leur suprématie sur les tribunaux inférieurs ; c'est ce que met en évidence le rapprochement des articles 472 et 473 du Code de procédure. L'article 472 enlève au juge du premier degré l'exécution de l'arrêt qui infirme sa décision tandis qu'il lui confie cette exécution au cas de confirmation. Cette distinction est fondée sur la crainte que le juge du premier degré dont la décision a été infirmée ne soit porté à revenir à son propre jugement s'il avait à connaître des difficultés d'exécution.

Le péril est le même au cas d'appel d'un jugement interlocutoire. Si l'affaire est renvoyée devant le juge dont la décision est infirmée, il sera porté à donner tort sur le fond à la partie qui a obtenu la réformation

du jugement avant dire droit, il reviendra également à son premier jugement.

Nous verrons d'ailleurs en étudiant les travaux préparatoires que ces deux articles sont placés l'un à côté de l'autre parce qu'en réalité l'article 473 ne fut qu'une addition au texte primitif de l'article 472.

Le droit d'évocation trouve donc sa raison d'être à la fois dans l'intérêt des plaideurs, l'intérêt d'une bonne justice et l'intérêt de la hiérarchie. Il corrige simplement ce que la règle du double degré de juridiction peut avoir d'excessif, et fait apparaître une fois de plus ce que nos règles de procédure ont de logique et de souple... quand elles sont respectées.

Nous devons simplement indiquer que l'évocation a lieu également en matière criminelle (art. 215 C. inst. crim.), elle se distingue de celle que nous nous proposons d'étudier en ce que le législateur l'a instituée dans l'intérêt public, c'est pourquoi il ne l'a assujettie à aucune des règles que nous aurons à étudier ; la loi enjoint à la Cour d'appel de statuer, tandis que l'évocation civile est une faculté.

Toutes ces différences ont été mises en lumière dans un précédent ouvrage auquel nous renvoyons le lecteur (1).

★ ★

Les conditions imposées par le législateur à l'exercice du droit d'évocation peuvent être classées au nom-

(1) LABORDERIE-BOULOU, *Le Droit d'Evocation*, thèse, Bordeaux.

bre de cinq, bien que l'article 473 ne contienne pas d'énumération.

Le juge d'appel ne peut pas évoquer à propos de tous jugements ; nous devons donc rechercher quels ont été les jugements visés par l'article 473 ; ce que signifie la distinction contenue dans cet article entre les jugements interlocutoires et les jugements définitifs.

Il faut encore pour que le juge d'appel puisse évoquer que le jugement soit infirmé.

L'affaire doit être en état de recevoir une solution définitive.

Le juge doit statuer sur l'infirmité et sur le fond par un seul jugement afin de terminer le procès.

Il faut enfin que le fait d'infirmer la sentence première n'ait pas pour effet de rendre le magistrat supérieur incompetent ; il est compétent au moment de l'infirmité puisqu'il est saisi, par l'effet dévolutif de l'appel d'un jugement, mais sa décision peut avoir pour résultat qu'il cesse d'être le juge d'appel de la cause.

L'étude de ces conditions pourrait constituer tout notre travail, cependant le lecteur n'aurait qu'une vue incomplète du sujet, il lui manquerait surtout une vue d'ensemble ; l'étude de ces conditions nous entraînera en effet dans le dédale des solutions jurisprudentielles mais ne nous permettra pas de dégager la physionomie propre de l'institution.

C'est pourquoi avant de nous lancer dans l'analyse détaillée de l'article 473, il nous faut parfaire la définition que nous avons donnée, en indiquant quelle est la nature du droit d'évocation ; comment il fonctionne pratiquement.

Il faut surtout insister sur le rôle du juge : l'évocation est en effet la seule institution moderne qui confère au juge un peu de « l'imperium » du magistrat ancien. Le juge retient une cause s'il le veut bien ; d'autre part les parties sont associées au juge dans une mesure délicate à déterminer.

Toute cette étude est donc plus vivante ; elle seule pourra nous permettre de porter un jugement sur l'institution et de mieux comprendre surtout la partie la plus aride de l'ouvrage : celle qui a trait aux conditions de l'évocation ; travail essentiellement d'analyse.

Notre première partie sera consacrée à rechercher la nature de l'évocation qui se détermine de la façon suivante :

Il faut faire appel d'abord, à l'histoire ; voir comment l'institution s'est dégagée des nombreuses procédures de « renvoi » pratiquées dans l'Ancien Droit ; voir aussi dans quel esprit les rédacteurs du Code de procédure l'ont introduite dans notre législation.

Nous nous efforcerons ensuite de délimiter le domaine propre de l'évocation en la distinguant des notions similaires ; en signalant la confusion fréquente de ses effets avec l'effet dévolutif de l'appel.

Enfin nous consacrerons deux chapitres à montrer le rôle du juge et celui des parties ; nous toucherons le mécanisme de l'institution et c'est en établissant dans quelle mesure les parties et le juge ont été rendus maîtres de son fonctionnement que nous préciserons la nature juridique des dispositions de l'article 473.

Connaissant l'institution dans son ensemble, nous poursuivrons donc logiquement notre étude en abor-

dant dans notre seconde partie le détail des règles imposées par le juge.

Il nous sera ensuite facile de porter un jugement sur notre institution en jetant un regard sur ce qui se passe dans d'autres pays ; notre conclusion sera précédée tout naturellement d'une courte étude de droit comparé.

PREMIÈRE PARTIE

La nature du droit d'évocation Son exercice par le juge ou les parties

CHAPITRE PREMIER

La naissance et le développement de l'évocation dans notre droit

A) LES ORIGINES

Nous devons faire une observation préliminaire ; cette étude ayant uniquement pour but de mieux faire comprendre la nature du droit d'évocation, nous ne pouvons songer à donner une place trop grande à un historique.

Nous ne mentionnerons que les évocations de justice ; les évocations de grâce qui consistaient en privilèges, accordés par le roi à certaines personnes, de soustraire leurs adversaires à leurs juges naturels, étaient des privilèges d'ordre politique ; ils ne sauraient trouver place dans un sujet de procédure.

Notre droit d'évocation tire son origine des « évocations de justice » qui ne dépendaient pas d'un acte de l'autorité royale.

★ ★

Il ne paraît pas possible de rattacher le droit d'évocation aux institutions romaines ; le droit du Bas-Empire organise toute une hiérarchie de magistrats et il permet dans bien des cas de demander à l'empereur ou bien aux jurisconsultes ayant le « jus ex auctoritate principis respondendi » des consultations de droit ; il y a tout lieu de croire que l'Empereur qui avait la plénitude de juridiction pouvait retenir des contestations pendantes devant des magistrats ordinaires ; d'ailleurs une Constitution de Constantin, rapportée au Code Théodosien (livre I, titre XXII, loi II) fait une allusion évidente à notre institution, nous pensons qu'il faut plutôt y voir une évocation de grâce ; en effet ce texte permet à certains justiciables sans défense (veuves, malades) de soumettre leurs causes à l'examen du Prince lorsqu'ils sont désarmés devant l'influence abusive d'une personnalité. Nous croyons, par conséquent, pouvoir affirmer que l'évocation se présente en droit romain comme une chose tout à fait exceptionnelle, parce que les Romains étaient ennemis de ce qui dérangeait l'ordre normal des institutions.

D'ailleurs, selon Pothier, le droit romain ne permettait pas l'appel des jugements interlocutoires « à moins (selon son expression) que le grief n'en fut irréparable en définitif » (1).

(1) *Œuvres de Pothier*, édition de 1825, t. XIV, p. 154.

En réalité les évocations de justice ont été empruntées au droit ecclésiastique ; et on n'en trouve pas de trace avant le Concile de Latran en 1216.

La première évocation que nous rapporte l'histoire fut prononcée cependant quelques années avant, en 1209, par le Pape Alexandre III ; celui-ci fut consulté par des juges d'appel sur ce qu'ils devaient faire au sujet d'une sentence qui validait une élection et qui était elle-même arguée de nullité par l'appelant à cause de l'excommunication de l'un des juges inférieurs qui l'avait rendue. Le pape répondit que l'élection devait être validée ou annulée selon qu'elle était ou non régulière ; qu'en ce qui concernait la sentence si elle était violée par l'excommunication d'un magistrat, les juges devaient la mettre à néant et statuer eux-mêmes sur la validité de l'élection.

Le Concile de Latran décréta que le magistrat supérieur, saisi de l'appel d'une sentence ne jugeant point le fond devait renvoyer devant le premier juge l'appelant téméraire ; mais que si l'appel était fondé, il fallait procéder au jugement de l'affaire.

Il n'est pas inutile de rappeler ces deux premières manifestations connues de l'évocation, car elles nous montrent que cette institution fut admise pour des raisons qui sont les mêmes que celles que nous avons indiquées déjà. Nous trouvons donc, à l'origine même de ce droit, les raisons d'ordre public et de respect du principe hiérarchique.

« Quia judex qui semel gravavit,

« Videtur suspectus parti quam gravavit ».

L'évocation, en droit canonique ne pouvait avoir lieu si la décision était réformée pour incompétence

« Quando appellatum est a pronunciatione lata super exceptione incompetentiæ seu alia ad impediendum et judex appellationis pronuntiat fuisse bene appellatum, nihilominus judex appellationis non potest procedere in causa principali, neque illam potest remittere, sed debet suspendere in causâ, quia cun ipse succedat in locum judicio a quo, et pronuntiet judicem a quo esse incompetentem, ipse etiam dicitur incompetens » (1).

L'évocation fait sa première apparition dans le droit français, sous le règne de Charles V, par des lettres du 4 juillet 1366, le Roi évoque en son grand conseil des contestations déferées au Parlement entre le Duc de Berry et plusieurs églises.

Cette évocation paraît d'ailleurs avoir été au début sans règles d'organisation ; elle n'est au fond que l'évocation de grâce, elle n'est qu'une application de la Justice retenue. Il fallait obtenir des lettres d'évocation dans des conditions qui sont mal connues parce qu'elles devaient être fort imprécises ; de nombreuses protestations furent élevées par les parlements, et aussi par les seigneurs, privés de la connaissance du fond des affaires qui, dans les idées du temps, leur appartenaient comme un patrimoine.

Nous ne pouvons que rapporter quelques-uns des documents par lesquels les Rois, faisant droit à ces réclamations, essayèrent de modérer les abus.

Le 21 juin 1459, le Parlement de Toulouse enregistre une ordonnance royale rendue sur ses doléances qui prohibe les évocations dans les Etats du Languedoc ; une nouvelle ordonnance fut renregistrée

(1) SCACCIA, *de appellationibus*.

en 1484, la première n'ayant pas été observée. Les mêmes prohibitions furent renouvelées le 18 mai 1529 par François I^{er}, pour le Parlement de Bordeaux.

La première réglementation sérieuse du droit d'évocation est faite par l'ordonnance de Moulins rendue en février 1566, c'est le premier document qui fasse nettement la distinction des évocations de grâce et de justice, ces dernières sont celles qui sont accordées à tous, dans les cas prévus par les ordonnances. L'article 70 déclare nulle toute évocation qui ne serait pas « expédiée du commandement du Roi et signée de l'un de ses quatre secrétaires ».

L'Ordonnance de Blois de 1579 est plus intéressante à noter, on y trouve en effet quelques-unes des règles que nous aurons à étudier.

Elle enjoint aux Cours souveraines de renvoyer le principal devant les juges ordinaires royaux et des seigneurs particuliers autres que ceux qui avaient jugé (art. 148, disposition qui n'a point reparu dans notre droit) et contient une disposition (art. 149) aux termes de laquelle les cours souveraines ne peuvent évoquer le principal qu'à charge de le vider sur-le-champ ; cette disposition fut reprise par la grande ordonnance d'avril 1667 qui précise que les juges doivent statuer sur l'infirmité et sur le fond par un même jugement ; disposition qui a trouvé place dans l'article 473.

A côté de ces évocations qui ne sont que l'application des règles de l'appel, l'ancien droit a établi un système d'évocation qui fonctionnait en dehors du droit d'appel, en dehors de tout jugement, lorsqu'une des parties prétendait se soustraire à ses juges à rai-

son de leur parenté avec la partie adverse, ces récusations donnèrent lieu à de grands abus qui motivèrent une sévère réglementation étendue, d'ailleurs à tous les cas d'évocation.

« Aucune évocation générale ne sera accordée sinon « pour très grandes et importantes occasions jugées « par nous en notre conseil ».

Quelle était donc, dans le dernier état de l'ancien droit, la réglementation des évocations de justice ?

C'est dans le sein du Conseil des Parties que s'instruisent les demandes en évocation, lorsqu'elles ont pour cause la parenté ou l'alliance. Ces cas d'évocation étaient d'ailleurs les plus fréquents, au point que l'on confondit facilement les évocations de justice avec les évocations pour cause de parenté ou alliance.

L'évocation était demandée par une cédule évocatoire mentionnant les Juges qui étaient parents ou alliés de la partie adverse. Le conseil des parties prononçait le renvoi devant une autre juridiction ou bien même au Grand Conseil qui avait été placé par déclaration du 14 août 1687 au rang des Parlements. Cette procédure concernait bien entendu les renvois d'un parlement à un autre.

Les Cours souveraines avaient seules le droit d'évoquer sur requêtes à elles présentées, le principal des litiges dont l'appel relevait « par devant elles ».

L'évocation pouvait avoir lieu encore pour cause de connexité, c'est-à-dire lorsque une demande portée devant un juge inférieur avait un rapport ni nécessaire avec une autre soumise à la décision d'un Tribunal supérieur, qu'il était indispensable de statuer sur toutes les deux en même temps.

Elle était prononcée également au cas de litispendance quand une partie était assignée devant deux tribunaux différents pour le même objet, à la condition toutefois que ce soit entre « les mêmes parties ou à raison du même fait ».

Il y avait encore un motif d'évocation si un juge avait un intérêt personnel dans l'affaire.

Tel est très rapidement résumé, le développement de l'évocation sous l'ancien régime ; on trouve ça et là quelques-unes des idées qui seront reprises par le législateur moderne ; mais le plus souvent, l'évocation se présente comme le retrait d'une cause à ses juges naturels pour la confier au Grand Conseil ou à une cour de renvoi, est-ce vraiment là l'évocation qui fonctionne en cause d'appel ? Nous ne le pensons pas. Or, chaque fois qu'il est nécessaire d'obtenir des lettres du roi, même s'il s'agit d'évocations de justice, nous ne devons point chercher dans une évocation ainsi prononcée, le modèle de celle qui est instituée par l'article 473.

Le véritable point de départ de notre organisation actuelle se trouve dans le droit intermédiaire.

B) LE DROIT INTERMÉDIAIRE ET LA RÉDACTION DE L'ARTICLE 473

Le droit intermédiaire apporte à notre procédure civile quelque chose de nouveau. On s'était dressé de tous côtés contre les pratiques de l'ancien régime qui se traduisaient par la multiplication des degrés de juridiction, la lenteur des procès et aussi l'arbitraire le plus complet. L'évocation était vue avec défa-

veur dans la mesure où elle n'avait pour effet que d'enlever les parties à leurs juges naturels. Bien entendu, les évocations de grâce furent abolies, les évocations de justice par contre ne le furent pas, puisqu'elles n'avaient pour but que la bonne administration de la justice.

Mais avant tout les législateurs de 1790 (1^{er} mars) proclament la règle du double degré de juridiction : « l'Assemblée Nationale décrète qu'il y aura deux « degrés de juridiction en matière civile, sauf les « exceptions particulières qu'elle pourra déterminer. »

Le législateur n'oublie que deux choses :

Il ne mentionne pas ces exceptions — il est vrai qu'étant donné ce texte, certains pourront considérer que le législateur, en instituant plus tard l'évocation a précisément apporté l'exception annoncée.

Il n'organise pas d'une façon intelligente un système de deux degrés de juridiction.

Ce principe, en effet, devait être associé logiquement à celui d'une hiérarchie nécessaire. Aussi les tribunaux étaient-ils fort embarrassés pour respecter la règle posée sans supprimer pour cela le droit d'évocation.

Le tribunal d'appel était un tribunal semblable à celui de première instance, il ne présentait aucune garantie supérieure ; par conséquent, il importait peu aux plaideurs que le différend fut porté directement devant le juge d'appel, par la renonciation au bénéfice du premier degré de juridiction ; sans aucun doute les tribunaux violaient-ils ainsi une loi qui était considérée comme constitutionnelle ; en fait les

tribunaux considéraient que les plaideurs subissaient deux fois le même degré de juridiction. Malheureusement ces principes se sont perpétués dans notre jurisprudence moderne, et d'une façon tout à fait injustifiée. Au moment où le tribunal d'appel est devenu supérieur à celui de première instance, on sent qu'il y a eu là, deux garanties bien distinctes données au plaideur ; non pas dans son intérêt exclusif, mais parce que la vérité ne se peut réellement manifester que par là.

Quoiqu'il en soit les tribunaux de la période intermédiaire devaient tirer de cette interprétation une conséquence logique ; puisque les plaideurs peuvent aller directement devant le tribunal d'appel, pourquoi ne pourraient-ils pas lui soumettre également le fond d'un procès alors que ce tribunal n'est saisi que de l'appel d'un jugement d'incident.

Nous nous contentons de mentionner simplement cette théorie que nous aurons à discuter longuement dans sa transposition moderne.

Donc, la physionomie de la législation intermédiaire est celle-ci : avant tout, respecter l'intérêt des plaideurs, par suite respecter, dans la mesure où il est en jeu, les anciennes ordonnances qui, réglementant l'évocation, permettaient d'abroger les procès. Mais respecter aussi, en apparence du moins, le principe du double degré de juridiction, car le législateur entendait-il faire de l'évocation une exception ?

Par suite, les tribunaux donnèrent-ils à l'évocation un caractère très rigide : chaque fois que les conditions étaient réunies, elle était obligatoire pour le juge ; c'est-à-dire chaque fois que les premiers magistrats

avaient jugé le fond ou bien avaient été mis à même de le juger ; si, en effet le juge d'appel ordonnait le renvoi, la cause parcourait trois degrés de juridiction. Mais par contre, chaque fois que le fond n'avait pas été discuté, c'est-à-dire chaque fois que les juges d'appel réformaient parce que le tribunal du premier degré n'avait pas ou avait incompétemment prononcé sur le fond, ils étaient obligés de renvoyer devant les premiers juges ; cela ne faisait pas trois degrés, puisque le premier jugement ou bien n'avait pas statué sur le fond, ou bien était inexistant. Nous mentionnons d'ailleurs que le juge d'appel infirmait rarement un jugement n'ayant pas statué au fond puisqu'aux termes du décret du 3 brumaire an II, l'appel d'un jugement interlocutoire ne pouvait être interjeté qu'avec celui du jugement définitif.

On peut dire qu'un tel système manquait de souplesse, l'évocation au lieu d'être, comme nous le considérons maintenant, une exception à la règle du double degré de juridiction, n'en était considérée que comme l'application pure et simple.

Et on peut se demander si l'évocation existait réellement car, permise et même ordonnée, au cas unique où le juge avait statué au fond ou été mis à même de statuer, est-ce qu'on ne la confondait pas avec l'effet dévolutif de l'appel ? puisque c'est précisément au cas où le tribunal n'avait pas statué au fond qu'elle était prohibée.

Le législateur du Code de procédure va au contraire la permettre dans ce cas là ; mais ce renversement complet des règles admises ne se fit pas sans de nom-

breuses difficultés par suite de l'opposition irréductible des adversaires de l'évocation.

Il est généralement dit que les législateurs du Premier Empire manifestaient le plus profond mépris pour l'évocation ; encore faut-il s'entendre : ils voulaient repousser tout ce qui aurait pu rappeler les évocations abusives de l'ancien régime, mais ils maintinrent toutes celles qui n'avaient pour raison d'être que l'intérêt général et qui étaient les seules classées « de justice » sous l'ancien régime. Si nous rappelons en effet que l'évocation pour cause de parenté ou d'alliance était confondue avec l'évocation de justice, nous constatons que le Code de procédure la maintient, et avec elle d'autres qui ne rentrent point dans le cadre de notre étude.

L'article 368 indique les cas où la décision du juge serait suspecte de partialité ; le code prévoit le cas où le tribunal compétent se trouve dans l'impossibilité de statuer. Par conséquent, au sens où l'entendait l'ancien droit, c'est-à-dire transfert d'une affaire d'un tribunal à un autre, le code n'a rien changé, sinon l'appellation puisque ces espèces sont qualifiées renvois.

L'évocation au sens strict qui nous occupe, celle qui était accordée aux magistrats de l'ancien régime par l'Ordonnance de Blois, de 1579, à charge de statuer sur le fond et sur l'incident par une même décision, était vue avec une réelle défaveur.

Le projet de notre Code de procédure ne comportait aucun article rappelant le droit d'évocation.

L'article 472, qui portait le numéro 462 du projet du 28 floréal an VII était ainsi rédigé :

« Si le jugement est confirmé, l'exécution appartiendra au premier juge ; s'il est infirmé, elle appartiendra au tribunal d'appel qui aura prononcé ou autre tribunal qu'il indiquera. »

Cambacérés, lors de la discussion, voulut faire admettre que la Cour connaîtrait seule des difficultés d'exécution de son arrêt et ne put pas renvoyer devant un autre tribunal. Il se heurta à une très vive opposition tant on craignait de ressusciter les évocations. Il fut même précisé que, quoique l'usage où étaient les cours de retenir quelquefois l'affaire après avoir réformé la sentence eut l'avantage d'épargner des frais aux parties, cependant le projet ne leur donnait pas même ce droit.

Le texte définitif adopté comportait une addition : « néanmoins, dans le cas prévu par l'article 445 (actuellement 452) la Cour d'appel ne pourra pas « retenir l'exécution » (1).

Le Conseil d'Etat, par suite, exceptait des cas où le juge d'appel pouvait connaître de l'exécution de l'arrêt infirmatif, les décisions rendues en matière de saisie immobilière ou qui ordonneraient un préparatoire ou un interlocutoire.

La section du Tribunat proposa cependant d'autoriser le juge d'appel à statuer sur le fond en infirmant le jugement préparatoire ou interlocutoire ou un jugement définitif, pour vice de forme ou toute autre cause, à la condition de statuer par un seul et même jugement.

(1) LOCRÉ, *Esprit du Code de procédure*, t. II, p. 273,

On ne saisit pas bien le lien qui peut exister entre les deux articles 472 et 473, puisque l'article 472 a trait à des jugements définitifs sur le fond.

Le Tribunal a adopté la solution que nous avons indiquée pour une raison d'analogie : puisque dans certains cas d'infirmité de jugements définitifs au fond, la Cour ne renverrait pas le litige devant les premiers juges, il n'y avait pas de raison de refuser la même faculté en cas d'infirmité d'un avant dire droit.

Le législateur croyait d'ailleurs ne pas déroger à la règle du double degré de juridiction, il prétendit que l'article 473 ne livrait point passage à l'évocation de jadis. Il a quand même pour résultat de ne soumettre le fond qu'à une seule juridiction ; et c'est ainsi que les rédacteurs du code ont apporté inconsciemment mais fort heureusement, l'exception au principe des deux degrés, que le législateur de 1790 avait omis d'indiquer.

CHAPITRE II

Distinction de l'évocation et de l'effet dévolutif

Ce chapitre a pour but de délimiter le domaine propre du droit d'évocation.

L'acte d'appel produit un effet dévolutif en ce sens que la connaissance du procès appartient au juge supérieur et que devant lui sont remises en litige les questions de fait ou de droit débattues et décidées devant le juge inférieur ; la dévolution n'est pas absolue et générale, elle peut être restreinte et partielle, son étendue est déterminée par l'acte d'appel, par les termes dans lesquels il est conçu ; l'appréciation de cette étendue appartient au tribunal d'appel.

Si le fond a été jugé en première instance, et s'il y a appel, l'effet dévolutif se produit et il n'y a pas place pour l'évocation ; mais il arrive souvent que les conclusions des parties soient obscures ou bien encore qu'elles demandent au juge de statuer sur le fond alors qu'il n'en est pas saisi ; c'est pourquoi nous voudrions indiquer dans quels cas le juge doit statuer en invoquant son droit d'évocation, et dans quels cas il n'a pas besoin d'en user.

Et précisément parce qu'il y a là deux effets de l'appel, l'un nécessaire et l'autre accessoire et facultatif, de nombreuses confusions se produisent dans l'esprit du juge, qui la plupart du temps statue en invoquant son droit d'évocation alors qu'il est saisi (1) ou bien qui invoque également l'effet dévolutif de l'appel et son droit d'évocation (2).

Nous devons indiquer d'ailleurs que la question présente une importance assez mince au point de vue de la pratique des affaires. Il est bien évident que le fait pour un juge de statuer en se fondant sur son droit d'évocation au lieu d'invoquer l'effet dévolutif de l'appel, n'est pas une cause de nullité lorsqu'il n'en est résulté aucun préjudice pour la partie perdante ; le fond a été jugé en première instance, l'évocation était inutile ; le juge d'appel avait le droit de statuer au fond, il le faisait en pleine connaissance de cause puisque l'affaire était complètement instruite.

Le véritable intérêt de la distinction à faire est de nous montrer comment, par un procédé qui paraît à première vue porter atteinte aux règles fondamentales de la procédure, on arrive à des résultats tout aussi satisfaisants que par l'application pure et simple des règles de l'appel.

Et, d'abord, l'évocation produit-elle dans certains cas une exception à la règle des deux degrés de juridiction.

Carré enseigne qu'il en est ainsi, et voici son raisonnement (3) :

(1) Cass., 12 janv. 1881, S. 88.1.55.

(2) Cass., 26 janv. 1898, D. P. 98.1.448.

(3) CARRÉ, t. IV, Question 1702.

Il arrive, en effet, que le juge d'appel prononce sur le fond bien que le premier juge ne l'ait pas fait, c'est le cas d'infirmer d'un interlocutoire ; dans ce cas il semble bien que le principe reçoive une exception puisque dans la rigueur, il ne serait réellement rempli que par une décision intervenue sur le fond.

Mais les pouvoirs du juge ne se bornent pas là ; l'article 473 lui permet de renvoyer l'affaire devant les premiers juges s'il estime que cela est convenable ; on peut aussi supposer que le fond a été jugé en première instance mais que la décision est réformée pour nullité, vice de forme ; dans ce cas, la législation intermédiaire faisait au juge d'appel une obligation de statuer sur le fond ; l'article 473 permet le renvoi et ne le subordonne à aucune condition ; par suite une cause est exposée à parcourir trois et même quatre degrés.

Ces considérations qui paraissent assez simples ne rencontrent point une adhésion unanime.

Chauveau soutient le contraire (1). Ne pourrait-on pas dire, en effet, si on envisage la première exception à la règle, que dans ce cas le premier degré de juridiction a été rempli ? En effet, lorsque la Cour évoque le fond que le tribunal n'avait pas jugé, c'est parce que ce tribunal a été mis à même de le juger et qu'il aurait dû le faire ; c'est bien ce qui se produit lorsque le tribunal ordonne une enquête ; si la Cour infirme, c'est parce qu'elle estime que la partie à qui profite l'infirmerie était dans son droit et que les juges de première instance devaient déclarer sa demande bien fondée. Donc, puisque les parties se sont présentées

(1) T. IV, pp. 254 et xiv.

devant le juge du premier ressort avec toutes les conditions requises pour obtenir jugement, elles ont en réalité rempli le premier degré de juridiction ; peu importe que les juges n'aient pas fait leur devoir, la règle est respectée.

Quant au second cas, les principes de l'évocation ne nous paraissent pas applicables ; Carré semble s'être mépris sur le sens du deuxième paragraphe de l'article 473. Nous avons vu ce qu'il fallait en penser. Les juges du premier degré ont statué au fond, le tribunal d'appel n'a pas la faculté de renvoyer devant les premiers juges, il est saisi par l'effet dévolutif, il *doit* vider le litige.

En réalité, il y aurait exception à la règle du double degré de juridiction seulement lorsque le juge d'appel, en infirmant un jugement de première instance qui n'a pas statué au fond, renvoie devant un autre tribunal, soit parce que la cause n'est pas en état, soit parce que le pouvant, il ne veut pas user de la faculté d'évoquer.

Chauveau a eu le grand avantage d'appuyer sa théorie sur l'intention du législateur ; les travaux préparatoires indiquent en effet que les rédacteurs du code n'ont pas entendu déroger à la règle du double degré de juridiction.

« S'il est évident, disait le Tribun Albisson, que dans
 « le second cas (de l'article 473) le fond de la cause a
 « déjà été discuté devant le tribunal inférieur, cela
 « doit paraître certain dans le premier, car l'interlo-
 « cutoire ne peut avoir été ordonné sans avoir été
 « contesté que sous prétexte qu'il était inutile et non
 « recevable, et ni l'un ni l'autre ne peuvent avoir été

« soutenus que par le mérite du fond, et en alléguant
« qu'il ne pouvait y être prononcé définitivement
« sans le secours d'un interlocutoire » (1).

On peut hésiter entre les deux opinions contradictoires de Chauveau et de Carré ; il faut bien reconnaître que le pouvoir d'évoquer est une exception aux règles de la dévolution ordinaire. Il semble facile de ne point confondre le cas où le tribunal supérieur est saisi par l'appel de la connaissance d'un jugement qui a statué en première instance sur tous les points du litige, avec celui où ce tribunal est appelé seulement à apprécier un jugement interlocutoire ou un jugement définitif relatif à un incident du procès.

Dans le premier cas, le juge d'appel connaît de la contestation comme juge ordinaire, il la retient dans son universalité, parce que le premier juge a épuisé sa juridiction, il peut ordonner toutes les mesures d'instruction qui lui paraissent utiles ; il est difficile de dire qu'au cas d'appel d'un interlocutoire, le juge d'appel a épuisé sa juridiction ; on réplique, il est vrai, qu'il a été à même de juger le fond et que s'il n'a pas fait son devoir la règle est cependant respectée. Non, car si l'appel n'est pas interjeté après que la mesure d'instruction ordonnée sera accomplie, le procès revient devant le juge du premier degré qui, alors, statuera au fond, et dans ce cas, le juge appréciera l'enquête, et, selon que les faits appointés en preuve seront ou non établis, l'une ou l'autre partie peut espérer obtenir gain de cause ; on pourra encore, après, porter appel de la sentence rendue au fond.

(1) LOCRÉ, *Législat. Civ. de la France*, t. XXII, p. 157.

Au contraire, quand il y a appel de l'interlocutoire, si le juge infirme, il ne le peut qu'au profit de la partie contre laquelle l'interlocutoire avait été rendu ; en effet, celle qui a sollicité l'interlocutoire conclura à la confirmation pure et simple parce que son droit ne peut être établi sans cette mesure, l'autre partie conclura à l'infirmer en demandant à la Cour de dire que cette mesure est inutile puisqu'elle peut prouver qu'elle a raison. Si la Cour admet cette thèse, on ne pourra pas dire que la règle du double degré de juridiction a été appliquée comme au cas où il intervient deux décisions sur le fond.

Disons en réalité que la règle du double degré de juridiction n'est pas modifiée dans son esprit, car elle comporte en elle-même l'exception que le législateur y a apportée dans l'article 473.

Elle est avant tout inspirée par le désir de garantir la bonne administration de la justice ; elle est respectable dans la mesure où elle offre de réelles garanties aux plaideurs ; or l'évocation a pour but de hâter la solution des litiges ; quoiqu'il en soit, les plaideurs se sont présentés devant deux tribunaux différents, et lorsque le tribunal du premier degré a ordonné un interlocutoire, on ne peut pas dire que la discussion du fond ait été complètement écartée des débats ; c'est plutôt le contraire ; l'interlocutoire est généralement demandé d'une façon subsidiaire, pour le cas où le tribunal jugerait que le bien fondé de la demande n'est pas suffisamment établi. Le fond est tout de même partiellement discuté et si le juge d'appel infirme l'interlocutoire, c'est un peu comme si il infirmait un

jugement au fond, dans lequel cas, il donne raison à la partie adverse.

Il ne faut pas aller trop loin : il n'est pas possible, juridiquement, d'assimiler un jugement interlocutoire et un jugement au fond ; ils n'ont pas la même autorité ; nous devons toujours ne pas perdre de vue que « l'interlocutoire ne lie pas le juge » ; mais cette vieille maxime ne nous empêche pas de dire qu'il est bien difficile à un tribunal qui admet une partie à faire la preuve de ses prétentions, de lui faire perdre son procès si l'enquête est concluante.

*
* *

L'article 473 vient donc d'ajouter quelque chose aux règles de la dévolution ordinaire ; un droit plus large pour le juge, celui de s'évader des limites de la règle « *tantum devolutum, quantum appellatum* », c'est pourquoi il ne produit pas les mêmes effets, et que si, exceptionnellement le juge peut évoquer le fond, c'est à la condition que tout soit bien terminé et que des mesures nouvelles ne soient pas ordonnées.

En définitive, l'évocation, tout en constituant une procédure exceptionnelle aboutit à des résultats aussi satisfaisants et plus pratiques que l'appel ; l'avantage de la rapidité n'est pas négligeable ; les inconvénients n'existent pas, puisque le juge d'appel a toujours la faculté de renvoyer devant les juges du premier degré.

Ce qui vient d'être dit montre que la différence est assez simple entre l'évocation et les règles ordinaires de dévolution, les deux choses se complètent le plus souvent ; dans une même décision de justice, on fait

appel aux deux moyens ; comme il a été dit plus haut, la jurisprudence n'attache pas autrement d'importance à cette confusion ; elle n'aurait d'inconvénient que pour le cas où le juge refuserait de statuer au fond alors qu'il est saisi par l'effet dévolutif.

Les juges d'appel, saisis d'une décision définitive rendue au fond par le juge de première instance, ne peuvent se borner, en annulant cette décision, à renvoyer la cause devant un autre juge de première instance, ils doivent statuer, sauf à ordonner préalablement telles mesures nécessaires (1).

Cette dernière constatation nous fait mieux toucher du doigt la différence entre l'effet dévolutif et ce que nous appellerons l'effet évocatoire, voulant indiquer par là quelle situation est créée pour le juge par l'effet de l'évocation ; nous aurons à revenir plus en détail sur les pouvoirs du juge en matière d'évocation, mais il importe de préciser dès maintenant cet autre aspect de la question qui montre également les distinctions que nous cherchons à établir.

Sans doute, par l'effet de l'évocation, le procès est remis en question devant le tribunal supérieur qui peut statuer à sa guise sur le fond du litige, sous la seule condition de prononcer à la fois sur l'exception et sur le fond, mais il faut que la décision de première instance soit entachée d'une erreur, d'un vice de forme ou d'une irrégularité quelconque ; tandis que l'effet dévolutif de l'appel permet aux juges de modifier à leur gré la sentence première, alors même qu'ils la confirment dans ses dispositions essentielles.

(1) Cass., 8 mai 1889, D. 90, p. 126.

En réalité, le législateur a créé ainsi deux moyens parallèles pour les juges d'appel de connaître du fond d'un procès.

Il n'y a aucune différence par les résultats auxquels on arrive, entre les deux cas suivants :

1° la Cour annule un jugement interlocutoire ordonnant une enquête et évoque le fond ;

2° la Cour infirme un jugement définitif sur le fond après enquête ordonnée par un interlocutoire non frappé d'appel.

Si nous supposons que dans les deux cas, les seuls moyens de preuve sur lesquels porte le litige émanent de l'enquête, nous avons deux procédures qui nous donnent le même résultat pratique.

On emploiera le premier ou le second de ces moyens selon que l'état de l'affaire permettra ou ne permettra pas à la Cour de connaître le fond.

Ainsi se trouve confirmée une constatation que nous avons faite plus haut : le droit d'évocation n'apparaît pas comme une exception aux règles ordinaires de l'appel mais comme leur complément nécessaire et logique.

★
★ ★

A l'aide des principes que nous venons d'exposer, la distinction paraît plus aisée, et le juge se guide en définitive sur une règle assez simple.

Lorsque l'appel porte sur une décision définitive au fond, l'évocation ne saurait avoir lieu, la cause est toute entière soumise à la Cour par l'effet dévolutif ; il en sera de même si l'appel porte sur un jugement qui a rejeté la demande par un fin de non-recevoir liée au

fond du droit (1). Dans ces cas, le juge doit statuer au fond, tandis que, en cas d'évocation, il n'y est pas contraint ; c'est en réalité tout l'intérêt de la question : il faut savoir à quelle institution on a recours pour savoir quels sont les pouvoirs du juge en appel qui sont beaucoup moins larges en cas d'évocation (mesures d'instruction impossibles).

Il ne faudrait pas toutefois croire la distinction si aisée ; il se peut que le fond ait été jugé en première instance et que le droit d'évocation puisse encore trouver sa place : par exemple si les juges de première instance ont prononcé sur le fond sans statuer sur l'exception d'incompétence qui avait été soulevée devant eux ; la Cour d'appel qui annule pour ce motif la décision rendue sur le fond, se trouve dans les conditions de l'article 473 pour exercer la faculté d'évocation (2).

Nous ne pensons pas qu'on puisse trouver un critérium facile établi à l'aide de formules simples, mais nous pouvons résumer la discussion ainsi :

L'évocation a pour effet de donner au juge d'appel le droit de connaître le fond comme l'eût fait le magistrat de première instance ; mais il faut un acte de volonté de la part du juge d'appel ; il doit se soumettre à certaines conditions de forme : il doit terminer le procès ; il ne peut ordonner de mesure avant faire droit.

L'appel interjeté saisit automatiquement le juge de toutes les questions débattues ; le juge doit statuer sur tous les chefs de demande, mais en revanche il peut

(1) Cass., 8 nov. 1887, D. P. 88.1.479.

(2) Cass., 21 mars 1883, D. P. 84.1.353.

rendre la décision qu'il veut : ordonner toutes mesures avant faire droit qu'il estime utiles.

Dans le premier cas, le juge peut statuer au fond ; mais il doit rendre une décision définitive ; dans le second cas, il doit statuer, mais il peut rendre une décision quelconque.

★
★★

Plusieurs auteurs, frappés par la confusion très fréquente entre l'effet dévolutif et l'effet évocatoire ont voulu synthétiser l'opposition qui existe entre les deux notions.

Cette distinction est faite par Boncenne et reproduite par Chauveau sur Carré.

Ces auteurs recherchent d'abord ce qui a inspiré le législateur : l'intérêt des parties : c'est pourquoi l'article 473 constitue une exception à la règle du double degré de juridiction ; le législateur, disent-ils a pensé qu'il était de l'intérêt des parties d'obtenir sur-le-champ du tribunal supérieur une décision définitive qui leur épargnât un nouveau procès ; mais il a pensé également qu'il ne pouvait pas toujours être de l'intérêt des parties de faire immédiatement juger par les juges supérieurs ce que les premiers avaient laissé de côté : c'est pourquoi en instituant l'évocation facultative, le législateur n'a eu en vue que l'intérêt des parties ; mais est-ce que les parties pourraient bénéficier des avantages de l'évocation si elles avaient elles-mêmes violé les prescriptions de la loi ? Ces auteurs ne pensent pas que dans ce cas on puisse admettre une exception à la règle du double degré de juridiction.

Et voici la distinction qu'ils proposent :

« Est-ce par la faute des parties que, sur le point
« qu'il s'agit d'évoquer, le premier degré de juridic-
« tion n'a pas été rempli ; est-ce à cause d'une procé-
« dure irrégulière de leur part, d'une demande mal
« intentée ? on ne peut les tenir quittes d'une pre-
« mière épreuve que la loi leur imposait et qu'elles
« n'ont pas voulu subir ; les juges d'appel devront
« les renvoyer à se pourvoir régulièrement.

« Est-ce au contraire par la faute des premier juges
« que le fond de la cause a échappé à leur sentence ?
« pouvaient-ils juger ? étaient-ils régulièrement sai-
« sis ? est-ce sans droit et sans raison qu'ils ont
« ajourné le fond ou qu'ils s'en sont dessaisis ? les
« parties ne peuvent pas souffrir de l'erreur des juges
« du premier degré, et pour peu qu'il soit de leur inté-
« rêt d'obtenir une prompte décision, les juges du
« deuxième degré ont le pouvoir de la leur accorder. »

Nous avons tenu à citer textuellement Chauveau sur Carré (Quest. 1702, t. IV) pour qu'on saisisse mieux l'opposition entre les deux cas d'évocation et de renvoi.

En d'autres termes, l'exception à la règle du double degré de juridiction ne se justifierait qu'au cas où le juge a été mis à même de remplir le premier degré de juridiction, mais pas au cas où les parties ont omis de le faire.

Lorsque le fond n'est pas jugé par le fait du juge on croit que Chauveau n'a pas tout à fait tort de dire, comme nous l'avons signalé au paragraphe précédent, qu'en réalité le premier degré de juridiction a été rempli.

Quoiqu'il en soit cette distinction se présente sous des dehors séduisants et l'exercice du droit d'évocation est singulièrement facilité ; surtout lorsque l'on condense l'explication qui précède dans une formule commode, et qui, parce qu'elle est rédigée en mauvais latin, paraît présenter une portée juridique considérable et une autorité plus grande. Persistance en droit moderne des vieux brocards de l'ancien droit.

« *Judex non fecit quod potuit* : évocation.

« *Fecit quod non potuit et non debuit* : point d'évocation.

Voici en quels termes Boncenne explique comment cette double règle n'est que la consécration de celle du double degré de juridiction (1) :

« Toutes les fois que le premier juge a pu dire et
« juger le fond d'une contestation portée devant lui
« et qu'il ne l'a pas fait en s'arrêtant mal à propos
« à des moyens d'incompétence ou de nullité, le
« premier degré de juridiction a été rempli, car il
« n'a pas dépendu que du premier juge de statuer, il
« le pouvait et le devait. Il en est de même si le juge-
« ment qu'il a rendu est entaché de quelque vice de
« forme, car il pouvait et devait juger régulièrement.
« Le tribunal d'appel réformant et substituant un
« nouveau jugement au premier jugement nul,
« n'enlève point aux parties le premier degré. Par
« une conséquence contraire, mais tout aussi vraie,
« si le juge de première instance a jugé quand il ne
« le pouvait pas, par exemple si la demande était

(1) V. Dalloz, *Répertoire*, V° *Degré de Juridiction*, n° 572.

« nulle, le juge d'appel, réformant et déclarant la
« nullité de la demande, ne peut évoquer le fond. »

Boncenne s'attache ensuite, à propos de la deuxième partie de l'article 473, à démontrer que là non plus, il n'y a pas exception à la règle des deux degrés de juridiction ; que le législateur n'a permis l'évocation que pour les causes qui vicient les jugements parce que dans ce cas, les degrés de juridiction sont parcourus. Il ne veut pas voir dans la disposition de l'article 473 une exception à la règle ; il considère que par « jugements définitifs » il faut entendre jugement au fond.

« Ce qu'on a dit du cas où le tribunal d'appel
« infirme un interlocutoire s'applique à plus forte
« raison au cas où le tribunal d'appel réforme pour
« vice de forme ou toute autre cause, le jugement de
« première instance ».

Les parties n'y sont pour rien, il faut donc que le tribunal d'appel puisse juger le fond ; il en serait autrement si la demande était nulle et si, par conséquent les premiers juges ne pouvaient pas juger : les juges d'appel ne le peuvent davantage.

Nous avons déjà indiqué que l'article 473 nous paraissait être une exception à la règle du double degré de juridiction ; par conséquent le point de départ de ces théories nous semble erroné. Il est aussi simple, bien que peut être moins élégant, de rechercher si le fond a été ou non jugé sans se préoccuper de savoir par suite de quelles fautes, du juge ou de la partie, le tribunal n'a pas statué : peu nous importe qu'il ait dû le faire ou qu'il n'en ait pas eu le pouvoir : la disposition de l'article 473 est formelle : dès lors

qu'il y a infirmation, pour quelque cause que ce soit, l'évocation est possible à certaines conditions.

Il est certain que la théorie de Boncenne est très logique ; elle est très équitable en ce sens qu'on refuserait l'avantage de l'article 473 à ceux par la faute desquels le fond n'a point été jugé ; néanmoins, cette théorie ne peut résister à la généralité des termes de l'article 473. La jurisprudence est d'ailleurs bien fixée en ce sens : citons simplement un arrêt de la Chambre des Requêtes qui a statué sur un cas d'application de cette théorie : le pourvoi soutenait qu'il n'y avait pas lieu à évocation parce que la demande (introduite par une fabrique) n'avait pas été régulièrement formée devant le juge de première instance, la fabrique demanderesse n'ayant pas obtenu l'autorisation de plaider.

La Cour de cassation n'a pas admis cette doctrine pour les raisons que nous avons indiquées (1).

Reconnaissons, avec le glossateur du vieux répertoire Dalloz que la théorie de Boncenne ne sera admise que dans une législation perfectionnée. Mais enfin, ce désir d'équité qui paraît avoir inspiré Boncenne et Chauveau n'est pas insatisfait par la jurisprudence actuelle qui a tout de même heureusement commenté les conditions fixées par le législateur à l'exercice du droit d'évocation : en leur conférant un caractère restrictif.

(1) Req., 5 nov. 1860, D. 61.1.300.

CHAPITRE III

Les pouvoirs du juge pour l'application des règles de l'article 473

§ 1^{er}. — L'ÉVOCATION EST FACULTATIVE

Ce principe a été fermement posé par la jurisprudence au lendemain de la rédaction du Code de procédure qui, sur ce point, apporta un notable changement.

En effet, sous la loi de 1790, la jurisprudence, complètement dominée par la règle du double degré de juridiction, considérait l'évocation comme obligatoire chaque fois qu'il fallait empêcher que la cause parcourût plus de deux degrés.

Nous avons déjà indiqué comment Carré reproduit les règles admises : 1^o il y a lieu à renvoi toutes les fois que les juges de première instance n'ont pas dû statuer sur le fond et n'ont pas été mis en état d'y statuer ; 2^o il y a lieu à retenir toutes les fois que les parties ayant défendu sur le fond, les premiers juges ont été mis en état de le juger. Les auteurs du code

ont reconnu les inconvénients d'une réglementation rigide, et l'article 473 convertit en simple faculté l'obligation que la jurisprudence intermédiaire imposait rigoureusement au juge d'appel. Aujourd'hui au contraire, la loi pour reprendre les expressions même de l'orateur du gouvernement (1) « s'en rapporte à la sagesse des juges pour décider si, dans les cas où ils infirment, il ne serait pas inutile, s'il ne serait même pas préjudiciable aux parties de leur faire parcourir deux degrés de juridiction ».

Pour mieux mesurer la rigueur des règles antérieures au code, nous indiquons ici la substance d'un arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1803 (2); on comprend mieux ainsi la différence qui sépare les deux conceptions.

Il a été jugé en effet que les juges d'appel devaient; en infirmant, retenir la connaissance du fond, alors même qu'avant faire droit, ils rendaient un jugement interlocutoire, puisqu'autrement, et s'ils renvoyaient, pour l'exécution de cet interlocutoire, les parties en première instance, ils leur faisaient, contre le vœu de la loi, parcourir au delà de deux degrés de juridiction.

La Cour de cassation décidait même que cette obligation imposée au juge d'appel, même dans le cas où le jugement avait ordonné des mesures interlocutoires au lieu de statuer définitivement sur le fond qui lui était soumis, devenait encore plus rigoureuse quand

(1) Voir Dalloz, *Répertoire*, V° *Degré de Juridiction*, n° 542 et 544.

(2) Voir Dalloz, *Répertoire*, V° *Degré de Juridiction*, n° 542 et 544.

le premier juge avait au contraire statué sur le fond.

Il serait superficiel d'indiquer seulement ce caractère facultatif de l'évocation sans chercher à analyser le sens de cette disposition du législateur qui s'oppose à ce qui était admis jusque là.

En premier lieu, le juge apprécie l'état de l'affaire ; par conséquent, en ce qui concerne la deuxième condition imposée à l'exercice de l'évocation, il faut bien comprendre ce qu'on a entendu faire :

Le juge, évidemment, ne peut évoquer si l'affaire ne se présente pas en état, en ce sens que les règles de procédure de l'article 473 n'ont pas été respectées. Le juge ne saurait s'affranchir de toutes les conditions de forme nécessaires à mettre une affaire juridiquement en état (conclusions prises dans les termes et circonstances déjà sommairement indiqués) mais quand ces conditions de forme sont remplies, le juge peut néanmoins décider que la lumière n'est pas faite. La loi n'indique nulle part dans quel cas une affaire est suffisamment instruite, c'est au tribunal d'appel de le dire souverainement ; le Code de 1806 n'a pas modifié sur ce point les décisions de l'ancien droit où la toute puissance des parlements était telle que l'on avait dû à plusieurs reprises préciser les conditions juridiques de l'évocation.

C'est ce qui a été décidé au lendemain de la rédaction du Code de procédure par un arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 1813. « Attendu que la
« remise des pièces respectives des parties a eu lieu, et
« que, par la vérification exacte qui en a été faite par
« la Cour elle a jugé que la matière était prête à recevoir jugement, d'où il suit que l'arrêt attaqué, loin

« d'avoir faussement appliqué l'article 473, s'y est exactement conformé ».

Par conséquent le tribunal d'appel paraît posséder les pouvoirs les plus étendus dès lors que les conditions requises ont été observées ; et en ce qui concerne la condition relative à l'état de l'affaire, dès lors que les conclusions ont été prises, il décide si l'instruction lui paraît suffisante. Bien mieux, lorsque le juge d'appel croit devoir évoquer, il n'est pas tenu de dire expressément que l'affaire est en état ; nous allons voir dans quelle mesure les parties peuvent se pourvoir contre une évocation prononcée à tort, mais aucune condition de forme n'est nécessaire. Le juge n'a pas à dire expressément qu'il évoque ; il le fait parce qu'il le veut bien ; sa décision pourra être cassée pour inobservation de certaines règles, mais jamais parce que les parties ou l'une d'entre elles a prétendu que l'affaire n'était pas instruite.

C'est pourquoi, le juge d'appel, même lorsque la cause est entièrement instruite et quand bien même les parties auraient toutes deux conclu à l'évocation, peut refuser de statuer au fond, donc : faculté d'évoquer, mais faculté aussi de ne pas évoquer même si toutes les conditions sont remplies. Il est également logique d'admettre que le juge peut évoquer d'office au cas où les parties n'ont rien demandé du tout : solution indiquée dans un arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 1814 (1) ; bien entendu, il faut alors que les conditions soient réunies, et si aucune des parties n'a plaidé ni conclu au fond, l'affaire n'est pas

(1) Dalloz, *Rép. de Législat.*, V° *Deg. de Jur.*, n° 541.

juridiquement en état quand bien même les débats sur l'incident auraient suffisamment éclairé le juge. On peut très bien admettre une hypothèse dans laquelle il a été conclu au fond en première instance et subsidiairement sur l'interlocutoire ; les parties en appel reprennent la discussion uniquement sur l'interlocutoire sans même demander à la Cour de statuer sur le fond, et même en lui demandant de n'y point statuer, la Cour a un pouvoir souverain et peut évoquer d'office.

Mais nous ne pensons pas au contraire, que si des conclusions au fond n'ont pas été prises en première instance la Cour puisse ordonner aux parties de conclure pour pouvoir évoquer. Le pouvoir du juge n'existe que dans une situation déterminée et dans l'état où l'affaire lui est dévolue, il ne lui appartient pas en quelque sorte de créer un cas nouveau d'évocation, et puis le juge ne dirige pas le procès, le procès lui est soumis ; le juge aurait ainsi le pouvoir de rendre l'affaire en état dans tous les cas, et il évoquerait toujours ; ce serait dépasser le vœu du législateur et violer l'article 473.

Quelle est donc la nature de ce droit d'évocation ? Il est bien toujours la survivance de ce pouvoir que s'octroyaient nos anciens parlements avec un manque de mesure répréhensible, mais qui n'est plus à craindre avec la réglementation actuelle qui cependant ne peut avoir altéré la physionomie de l'institution.

Le juge d'appel n'agit plus comme juge d'une contestation qui lui est soumise. Il peut (dans des cas bien limités, ne craignons point de le répéter) attirer à lui un litige ; l'enlever d'autorité au juge inférieur

ou bien au contraire repousser la prière qui lui est adressée par les parties ; il agit en vertu de son « imperium », l'évocation n'apparaît plus comme un acte de juridiction : le juge statue sans appel, même s'il ne s'agit que d'un tribunal civil.

C'est pourquoi nous ne nous sommes pas trop avancé en présentant l'évocation comme une atteinte au jeu normal des règles de l'appel ; par l'exercice de ce droit le juge moderne reprend parfois le caractère du préteur romain, magistrat, avec toute l'idée de souveraineté que ce mot comporte ; l'évocation est donc une institution qui, bien qu'elle satisfasse nos goûts modernes de rapidité, est le plus en contradiction avec la conception moderne de la justice qui est, nous le croyons, la suivante :

Les parties et le juge sont prisonniers de règles d'ordre public. Mais les parties, pourvu qu'elles respectent les règles de forme (établies souvent dans leur intérêt) ont la conduite du procès, et l'amènent, pour ainsi dire, tout préparé aux pieds du juge dont le rôle se trouve être réduit à une sorte d'arbitrage officiel. Nous croyons d'ailleurs que c'est cette conception moderne qui a conduit les rédacteurs du code allemand (beaucoup plus récent que le notre) à écarter l'évocation en appel.

2° LE CONTROLE DE L'ÉVOCATION

Est-ce à dire que l'évocation soit incontrôlable ? Nous avons dit qu'il n'était point d'appel possible contre une décision rendue sur évocation. Le seul recours ouvert est la cassation pour inobservation des règles

légales ; mais jamais la Cour de cassation ne peut apprécier le bien-fondé de l'évocation ordonnée ; le pourvoi en cassation s'exercera donc contre les décisions des cours d'appel, ce qui est normal, mais aussi contre les décisions des tribunaux civils qui, en évoquant, statuent comme juge d'appel.

Une seule exception est indiquée par M. Glasson, c'est le cas où le tribunal d'arrondissement aurait, à tort, usé du droit d'évocation dans une affaire dans laquelle il n'était compétent qu'en premier ressort ; son jugement devra alors être attaqué par voie d'appel devant la Cour.

Le pouvoir de la Cour de cassation se réduit donc à ceci : elle vérifie si toutes les conditions requises par la loi pour qu'une affaire soit en état, sont remplies, s'il y a eu des conclusions au fond à un moment quelconque de la procédure (1).

Mais la Cour de cassation ne peut être juge de la décision prise par le tribunal d'appel quand il estime que les conclusions ont suffisamment éclairé le débat (2). La Cour de cassation pourra encore dire que le tribunal d'appel a violé l'article 473 en ne statuant pas définitivement par un seul et même jugement sur l'incident et sur le fond, ou bien si le tribunal d'appel a évoqué alors que sa décision n'était pas réellement infirmative.

C'est qu'en effet, lorsque le juge d'appel évoque le fond en dehors des conditions auxquelles il est permis de le faire, la décision qu'il rend ainsi est nulle.

(1) Cass., 25 avril 1883, D. P. 84.1.20.

(2) Cass. Req., 19 février 1884, D. P. 84.1.388.

En pratique d'ailleurs, cette nullité soulève bien des difficultés, on discute d'abord sur le point de savoir si cette nullité est absolue ou relative. La jurisprudence a admis fort longtemps qu'elle était couverte par le consentement des parties auxquelles elle reconnaît un pouvoir plus étendu que celui du juge, puisqu'elles pourraient s'affranchir de la rigueur des conditions tracées par l'article 473. Nous réservons à cette question nos développements du chapitre suivant.

En second lieu, il est de nombreux cas où la Cour de cassation rejette le pourvoi bien que certaines règles n'aient point été observées ; cela tient à ce que très souvent, les tribunaux et les plaideurs commettent des confusions regrettables. En effet, pour qu'on puisse annuler une décision comme ayant évoqué à tort, il faut qu'elle contienne une évocation réelle. Ainsi n'est pas nulle la décision du juge d'appel qui déclare à tort statuer par voie d'évocation, alors qu'il statue en réalité dans les limites de l'effet dévolutif de l'appel (1). Dans ce cas, on ne peut reprocher au juge d'appel d'avoir fait ce que la loi lui imposait ; ce n'est pas sortir du sujet que de consacrer quelques développements à cette idée, c'est la suite logique des distinctions que nous avons faites au début de cet ouvrage.

Il ne faudrait pas en effet penser que le juge d'appel ait la faculté d'évoquer le fond dans tous les cas ; on pourrait le penser si l'on se rappelle les principes de l'époque intermédiaire : l'évocation imposée toutes les fois que les parties ont défendu sur le fond et mis le juge en état d'y statuer ; on se plaît à indiquer que

(1) Civ, 1^{er} août 1881, D. P. 82.1.169.

le Code de procédure a changé en faculté cette obligation, et certains tribunaux d'appel ont pu se retrancher derrière ces considérations pour se dispenser de juger le fond de l'affaire qui leur était soumise ; il n'y a lieu à évocation facultative que sur les appels qui laissent en dehors le fond du procès et non sur ceux qui saisissent le juge d'appel du fond même du litige. Voici deux exemples qui montrent l'écueil que n'évitent pas toujours les juges d'appel, car toutes ces distinctions sont assez subtiles ; on exige pour l'évocation un certain état de l'affaire quant au fond, et d'autre part, on refuse la faculté d'évoquer quand la décision a porté sur le fond, mais par contre on oblige le juge à statuer si le litige a porté sur le fond. Il faudra avant tout considérer deux choses : la nature du jugement et aussi le contenu de l'acte d'appel.

Si (premier exemple) le tribunal de première instance est saisi comme juge d'appel de la connaissance d'une action en complainte (possessoire) sur laquelle le juge de paix a statué par sentence définitive, il ne peut, s'il annule cette sentence pour cumul du pétitoire et du possessoire, renvoyer la cause en état devant un autre juge de paix de son ressort ; il est tenu, en vertu de la loi de sa compétence de se prononcer lui-même et définitivement (1).

Si la Cour (second exemple) confirme le jugement d'un tribunal en ce qu'il a rejeté un déclinatoire, mais l'annule en ce qu'il a statué immédiatement au principal elle se trouve saisie du fond par l'effet dévolutif de l'appel et elle ne peut renvoyer devant les

(1) Cass., 18 nov. 1872, D. P. 72.1.454.

premiers juges (1) nous voyons ainsi que la Cour peut être obligée de statuer au fond bien que l'affaire ne soit pas en état.

3° QUE SE PASSE-T-IL QUAND LE JUGE N'ÉVOQUE PAS ?

Le juge de renvoi doit être, pourrait-on penser, celui dont la décision est infirmée ; il paraît être, puisque le tribunal d'appel a estimé que l'affaire n'était pas en état pour évoquer, le plus qualifié pour achever l'instruction de l'affaire et statuer au fond. Cependant, on peut penser que le litige se présentera devant les juges mal disposés par l'infirmité de leur décision avant dire droit. La Cour, refusant d'évoquer ne va-t-elle pas contre le vœu du législateur : elle empêche d'abord une solution rapide (dans les cas où l'affaire est en état et où elle ne veut pas évoquer, ce qui est rare, mais peut arriver) et en renvoyant l'affaire devant le même tribunal, peut-on dire qu'elle agit dans un souci de bonne administration de la justice ?

C'est pourquoi on a pu penser que la Cour pouvait renvoyer devant un autre tribunal et on s'appuie pour soutenir cette opinion sur l'article 472. Nous avons déjà souligné quels liens l'unissaient à l'article 473 au point que certains ont cru que celui-ci n'était que le prolongement de celui-là. L'article 472 est ainsi rédigé : « Si le jugement est confirmé, l'exécution « appartiendra au tribunal dont appel ; si le jugement est infirmé, l'exécution entre les mêmes par-

(2) Nancy, 17 mai 1873, D. P. 76.5.150.

« ties appartiendra à la Cour d'appel qui aura prononcé ou à un autre tribunal qu'elle aura indiqué par le même arrêt, sauf les cas de la demande en nullité d'emprisonnement, en expropriation forcée et autre, dans lesquels la loi attribue juridiction. » Il paraît tout simple d'appliquer cet article à notre matière, et de dire que si la Cour refuse d'évoquer, elle peut renvoyer à d'autres juges que les premiers.

A cela il est répondu que l'article 472 ne vise que les jugements définitifs et non les jugements avant dire droit, ce qui ressort des travaux préparatoires (1). De plus, une telle disposition serait dangereuse, ce serait faire parcourir à la cause trois degrés de juridiction, ce qui n'est pas lorsque le tribunal de renvoi n'a à connaître que de l'exécution de l'arrêt définitif.

La vraie solution nous paraît donc être la suivante: Lorsque le juge d'appel ne croit pas devoir évoquer le fond il doit le renvoyer devant le tribunal même qui a jugé en première instance. Par exception, il peut le renvoyer devant un autre tribunal, lorsque le premier tribunal s'est déclaré compétent sur une exception d'incompétence *ratione personae*, et que le juge d'appel infirme sa décision sur ce point. Il pourrait encore renvoyer devant un autre tribunal lorsque la connaissance du fond pourrait être considérée comme l'exécution de la décision qui a infirmé le jugement et amènerait ainsi le premier juge, contrairement à l'article 472, à exécuter cette décision.

Quelle sera la conséquence du renvoi ainsi ordonné par le tribunal d'appel ?

(1) Voir I^{re} Partie, Chap. I.

La cause est portée en l'état devant le juge de renvoi, c'est-à-dire dans l'état où elle se présentait devant les juges dont la décision a été infirmée ; le juge de renvoi ne peut connaître du fond que dans les termes où il s'est présenté en première instance. Par conséquent, nous ne pensons pas que les parties puissent présenter des conclusions différentes des premières.

Le nouveau tribunal saisi est obligé de statuer puisque l'affaire lui est en quelque sorte imposée par la Cour ; nous croyons devoir faire exception s'il est incompétent *ratione materiae*, auquel cas il doit se dessaisir même d'office. Il y aurait lieu dans ce cas, à un nouveau recours par voie d'appel.

CHAPITRE IV

Le rôle des parties

Nous avons annoncé, en indiquant quels sont les pouvoirs du juge, que dans de nombreux cas, les tribunaux ont admis que le consentement des parties pouvait leur permettre d'évoquer alors que l'affaire ne se présentait pas avec les conditions requises par l'article 473, conditions sommairement indiquées au début de cet ouvrage.

Nous abordons cette question du rôle des parties, avant l'étude approfondie des conditions de l'évocation, parce que la jurisprudence qu'il nous va falloir discuter pose le problème de la nature juridique de l'évocation ; les parties, en effet, ne peuvent jouer un rôle que si le législateur a institué l'évocation dans leur intérêt exclusif et si les conditions écrites dans l'article 473 ne sont pas d'ordre public.

Nous avons posé en principe que l'évocation irrégulièrement prononcée par le juge est nulle ; cette nullité est-elle ouverte par le consentement des parties donné à cette évocation.

Donc étudier le consentement à l'évocation c'est aussi préciser la nature juridique de l'évocation, son

fondement, et encore voir dans quelle mesure la règle du double degré de juridiction s'impose aux parties.

Qu'est-ce au fond que le consentement à l'évocation ? C'est le fait de renoncer à ce qu'une affaire soit renvoyée devant les juges de première instance parce qu'elle n'est pas en état aux yeux du Tribunal d'appel, ou bien le fait de renoncer aux nullités possibles tirées d'une évocation irrégulière ; dans ce cas, puisque l'affaire n'était pas instruite, les parties ont renoncé au bénéfice du double degré de juridiction, alors qu'elles ne rentraient plus dans le cadre de l'exception à cette règle qu'est une évocation régulière.

Si l'on répond comme M. Garsonnet (1) que la théorie du premier et du dernier ressort est absolument d'ordre public quant au juge et jusqu'à un certain point d'intérêt privé quant aux parties, ce qui n'est pas contradictoire... on entrevoit tout de suite la solution à donner à la question que nous avons posée. D'autre part, l'évocation étant déjà par elle-même une exception à la règle du double degré de juridiction, ne convient-il pas de se demander si le caractère strict de toute exception en droit français permet de lui reconnaître la même nature ?

Toute la question est posée ; voyons quelles sont les théories en présence.

(1) *Traité de Proc.*, t. IV, p. 255, 2^e édit.

§ 1^{er}. — LE SYSTÈME DE LA JURISPRUDENCE
LES CONDITIONS DE L'ARTICLE 473 NE SONT PAS
DE DROIT ÉTROIT

La jurisprudence, au début, n'a marqué aucune hésitation. Voici ce qu'elle a décidé (nous examinerons ensuite les raisons qu'elle a invoquées à l'appui de son système).

La règle d'après laquelle une affaire n'est susceptible d'évocation que si elle est en état, cesse d'être applicable lorsque les parties devant le juge d'appel ont renoncé au bénéfice des deux degrés de juridiction, au point même de changer toute la physionomie du procès comme le montre l'exemple suivant tiré d'une espèce jugée par la Cour de cassation (1).

Le juge de paix s'était déclaré incompétent en matière de complainte ; sa sentence fut déférée au tribunal civil, et l'appelant et l'intimé, chacun de leur côté prirent des conclusions aux termes desquelles ils demandaient au juge d'appel d'évoquer le fond et de les déclarer l'un et l'autre en possession du terrain litigieux, et offraient subsidiairement de prouver par témoins leur possession respective. Voici le premier aspect de la question : le consentement de toutes les parties permet une évocation qui serait, autrement, irrégulière.

Cette thèse engendre une conséquence nécessaire : lorsque, par un arrêt infirmatif, une cour d'appel a illégalement évoqué le fond de la cause, si les parties

(1) 7 avril 1880, S. 80.1.414.

exécutent volontairement cette décision et concluent et plaident au fond devant cette cour, sans réserve ni protestation, elles sont irrecevables à présenter plus tard, comme un moyen de cassation, la violation de la règle des deux degrés de juridiction.

Enfin la thèse jurisprudentielle se présente sous un troisième aspect :

Les juges d'appel peuvent, même en confirmant un jugement qui a accueilli une fin de non recevoir, évoquer le fond et le juger si toutes les parties y consentent.

Dans tous les cas, le tribunal d'appel ne peut connaître de la contestation qui n'a pas été portée devant le juge du premier degré qu'à la condition d'avoir été saisi par un accord formel et exprès des parties. Ce consentement des parties ne s'induit pas des circonstances, il est exprès et non équivoque. La question est ainsi bien posée ; nous allons voir maintenant en détail, après l'exposé des solutions admises, quelles sont les raisons invoquées par les tribunaux et par certains auteurs qui soutiennent cette jurisprudence.

On a cherché à analyser les mobiles qui avaient guidé le législateur en instituant l'évocation ; évidemment, comme nous l'avons dit dans le début de cet ouvrage, l'évocation n'a d'autre but que d'éviter aux plaideurs des frais et des pertes de temps ; on ne peut assurément priver les parties de la garantie des deux degrés de juridiction, mais si toutes y consentent, le but que cherchait le législateur est atteint. Rien ne permet de supposer que le législateur ait entendu limiter les bienfaits d'une justice rapide aux cas limitativement énumérés par l'article 473 ; le

législateur édicte des garanties, il est toujours libre aux parties d'y renoncer. On peut même aller plus loin encore.

On doit admettre en toute logique que les parties sont libres d'aller directement devant le juge d'appel ; évidemment cela n'est écrit nulle part ; on se livre à une interprétation qui peut paraître fantaisiste de la volonté du législateur, tandis que celui-ci a paru édicter la règle du double degré d'une manière rigoureuse. Voici comment par des développements fortement motivés, Crépon justifie cette manière de voir :

« Aucune loi ne parle du prétendu droit qu'auraient les plaideurs de s'entendre pour supprimer le premier degré de juridiction, mais aucune loi ne parle non plus du prétendu droit d'après lequel les plaideurs se verraient imposer les deux degrés de juridiction, par lesquels, bon gré mal gré, ils devraient passer. Or, c'est surtout cette loi qu'il faudrait pouvoir citer, car si l'on comprend très bien que l'ordre public soit intéressé à ce qu'un plaideur ne soit pas privé du double degré de juridiction, on ne comprend plus du tout comment l'ordre public peut être intéressé à ce que les deux degrés de juridiction soient imposés aux plaideurs, alors même qu'ils sont d'accord pour se contenter d'un seul. Comment le contrat, en vertu duquel les parties, économisant le temps et les frais qu'entraîneraient leur comparution soit devant le premier juge, soit devant un second, conviennent de soumettre leur différend à un seul, pourrait-il mettre en péril l'ordre public » (1).

(1) CRÉPON, *Traité de l'appel*, n° 3609.

Pour étayer cette première opinion, les auteurs et la jurisprudence invoquent divers arguments qui sont le développement des idées soutenues par Crépon.

En bonne logique, dit-on, il est tout aussi juste de ne pas user du premier degré que de ne pas user du second ; les parties ont toujours le droit de ne pas relever l'appel d'une décision ; qu'on ne dise pas que le juge d'appel ne peut être directement saisi en arguant des pouvoirs qui sont conférés par la loi au juge de première instance ; ce juge a reçu le pouvoir de trancher une contestation lorsque les parties se présentent devant lui, mais rien ne peut obliger celles-ci à s'y présenter, parce qu'il n'a pas de droit acquis à juger une affaire.

Cette faculté d'ailleurs ne peut que conduire à une bonne administration de la justice et ne présente pas d'inconvénient grave ; il ne dépend pas des parties toutes seules de supprimer absolument le premier degré de juridiction ; le juge du second degré garde toujours la faculté de se refuser à trancher le litige.

Le juge d'appel peut se renfermer dans son rôle strict, on peut dire que cette liberté n'a rien d'anormal dans notre droit puisqu'on en trouve des exemples dans les contestations entre étrangers, dont les tribunaux peuvent se dessaisir à leur gré.

Mais alors, si les cours ont le droit absolu de se dessaisir, elles ont aussi celui de statuer ; il n'y aurait tout au plus qu'une modification de procédure mais non pas une atteinte à l'ordre public ; le juge d'appel peut évidemment trancher le fond puisqu'il l'aurait fait comme juge du second degré si les parties avaient suivi la marche ordinaire de l'affaire, par suite, l'in-

compétence du juge d'appel de statuer n'est que relative, elle ne tient pas à une absence de pouvoir.

C'est pourquoi les partisans du consentement à évocation peuvent dire que le fait par le juge du second degré de se trouver saisi directement apporte un changement important, il est vrai, dans la marche du procès, mais en réalité une simple déviation de procédure, une modification dans les procédés d'instruction ; si on peut admettre que les institutions de procédure sont autant d'obstacles que les plaideurs doivent franchir pour arriver au but, il faut dire que l'obstacle purement relatif qui existait contre l'exercice immédiat du pouvoir du juge supérieur, c'est-à-dire le jugement de première instance, disparaît lorsqu'il plaît aux plaideurs d'y renoncer. La compétence du juge d'appel, pour être suspendue, n'en existe pas moins.

Il est, en fin un dernier argument en faveur de la thèse soutenue, il est tiré de l'état de la jurisprudence en matière de demande nouvelle.

L'article 464 du Code de procédure civile dispose en effet que : « il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande à moins qu'il ne s'agisse de compensation ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale. »

Suivant une opinion qui se fonde sur ce que la règle du double degré de juridiction est d'ordre public, cette prohibition serait elle-même d'ordre public, d'où il résulterait que la fin de non recevoir qui en est la conséquence ne serait pas couverte par le silence des parties et pourrait être suppléée d'office par le juge en

tout état de cause, même pour la première fois en cassation.

Mais dans l'opinion qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence, la fin de non recevoir, tirée de ce que la demande est nouvelle, ne touche pas à l'ordre public ; il en résulte que le consentement des parties suffit pour attribuer au juge d'appel le droit de statuer sur une demande nouvelle par une prorogation de juridiction et que le juge ne doit pas relever d'office cette irrégularité (1) ; il a même été décidé que ce consentement pouvait n'être qu'implicite.

Puisque, dans certains cas, on admet la demande nouvelle pour la première fois en appel, la solution est tout indiquée pour l'article 473 ; une demande nouvelle, bien que greffée sur une cause déjà pendante, constitue en réalité un différend séparé qui n'est soumis qu'à une seule discussion devant le tribunal du second degré.

Pourquoi ne pas admettre la même théorie en ce qui concerne le consentement à évocation ?

Nous allons cependant nous attacher à démontrer que ce système si séduisant est pourtant erroné, et nous faire le défenseur de la notion d'ordre public, fonction évidemment plus ingrate si l'on veut aller au fond des choses et ne pas faire une réponse de ce qui doit être une explication ; tant il est facile d'invoquer l'ordre public, sans autres développements, pour trancher comme par enchantement toutes les difficultés.

(1) 19 février 1879, D. 80.1.373.

§ 2. — LES CONDITIONS DE L'ARTICLE 473
SONT D'ORDRE PUBLIC

Crépon, le défenseur vigoureux du précédent système exposé, pouvait conclure par une expression qui paraît être l'argument-massue : « d'ailleurs la « jurisprudence s'est prononcée d'une manière générale en ce sens », et en effet les arrêts abondent et il semble qu'après leur lecture, il n'y ait plus qu'à « tirer l'échelle » (1).

Il a fallu que ce soit la jurisprudence belge qui proclamât la vérité que nous allons soutenir ; un arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 14 juin 1883 (2) peut être considéré comme le point de départ d'une réaction de la doctrine. M. Glasson a donné cette impulsion par une note qui accompagne cet arrêt.

Voici en quels termes cet arrêt admet l'opinion à laquelle nous nous rallions :

« Considérant que, l'article 473 n'accorde aux tribunaux d'appel la faculté d'évoquer que lorsque la « matière est disposée à recevoir une solution définitive ; que tel n'était pas le cas en l'espèce comme le « jugement dénoncé le reconnaît (il avait déclaré « statuer en premier ressort) ; considérant que juge « d'appel, il ne pouvait se saisir du procès comme « juge de première instance sous le prétexte que si la « cause avait été directement portée devant lui, il eut

(1) Cass. Req., 13 juillet 1875, D. P. 76.1.118 ; Cass. Req., 11 novembre 1885, D. 86.1.257.

(2) P. 84.2.201.

« été compétent pour en connaître comme juge du
 « premier degré ; que les parties ne se sont pas oppo-
 « sées à l'évocation et que les renvoyer à se pour-
 « voir devant qui de droit alors qu'elles se trouvaient
 « devant leur juge naturel et compétent serait leur
 « occasionner des frais et des retards préjudiciables ;
 « considérant que ces motifs ne peuvent prévaloir sur
 « les dispositions positives de la loi, et autoriser les
 « tribunaux jugeant en appel à s'arroger une juridic-
 « tion qu'aucune loi ne leur attribue ; que la juridic-
 « tion émane de la puissance publique et ne peut
 « s'exercer comme le porte l'article premier de la loi
 « du 25 mars 1876 que selon les règles déterminées
 « par le législateur. »

Tels sont les motifs intéressants de cet arrêt ; la Cour de cassation belge en déduit les conséquences et décide que les parties ne peuvent, par leur consentement, confier aux tribunaux une juridiction que la loi leur défend de proroger.

Cet arrêt appelle de nombreuses observations, qui vont constituer notre réponse à la théorie de la jurisprudence française.

a) Il convient d'abord de nous demander si l'intérêt des parties a seul conduit les rédacteurs de l'article 473.

Comme nous l'avons montré au début de cet ouvrage, la considération dominante paraît avoir été l'intérêt des plaideurs ; on a pensé qu'il s'agissait surtout de leur éviter les frais et les lenteurs de la procédure ; c'est vrai mais ce n'est pas un motif suffisant. Si cela était, l'article 473 serait rédigé d'une autre manière, on n'a pas toujours suffisamment retenu une des conditions essentielles de l'évocation : l'infirmité du

jugement avant dire droit ; pourquoi le législateur n'a-t-il pas permis l'évocation au cas de confirmation ? Parce que au cas d'infirmité le législateur a craint que si l'affaire revenait devant les juges dont la sentence est infirmée, ils fussent mal disposés ; aucune crainte semblable si la décision de première instance est confirmée. Le but du législateur a donc été d'assurer la suprématie des tribunaux du second degré ; il a eu la même préoccupation en ce qui concerne les décisions visées par l'article 472 : au cas d'infirmité il confie l'exécution à la Cour elle-même ou à un autre tribunal, tandis que si la Cour confirme, le tribunal du premier degré reste saisi des difficultés d'exécution.

Il suffit de rappeler encore avec quelles hésitations les rédacteurs du Code ont introduit entre autres dispositions celle qui est devenue l'article 473 ; le droit d'évocation avait donné lieu à de tels abus sous l'ancien régime que les opposants firent taire leurs répugnances devant l'intérêt supérieur d'une administration satisfaisante de la justice ; mais tout porte à croire qu'ils ont enserré l'exercice de l'évocation dans des limites précises ; il s'agit de respecter dans la mesure du possible le principe des deux degrés de juridiction ; et l'on pensait que dans la forme, il n'y avait pas une atteinte sérieuse au principe ; le tribun Albisson, dans son rapport, ne disait-il pas : « outre
« l'avantage pour les parties d'obtenir sur-le-champ
« une décision définitive qui leur épargnera un nou-
« veau procès, sujet comme le premier à deux degrés
« de juridiction, elles auront essuyé ces deux degrés
« et la loi qui les garantit à tous les citoyens n'aura
« reçu aucune atteinte. »

C'est qu'en effet les règles de la compétence *ratione materiae* qui oppose classe de tribunaux à classe de tribunaux sont d'ordre public. Cette division crée pour chaque juge un domaine réservé, elle est dominée par des préoccupations d'un ordre très supérieur qui répondent à une conception évoluée et perfectionnée de la justice.

L'article 473 se présente-t-il comme une exception à ces règles de compétence ? Alors il doit être interprété restrictivement ; si on insiste davantage sur ce point que l'article 473 permettrait de respecter mieux (à la lettre pourrait-on dire) la règle du double degré, en empêchant qu'un troisième degré soit parcouru, nous dirons qu'il est d'ordre public comme la règle elle-même.

b) Une seconde observation qui nous paraît déterminante est celle-ci : aucun texte n'autorise les plaideurs à passer par-dessus le premier degré de juridiction ; ce qu'ils font quand ils consentent à une évocation irrégulière ; si en effet les parties le pouvaient, il y aurait une disposition expresse « l'évocation pourra « avoir lieu lorsque les parties passeront outre d'un « commun accord ». Crépon répond à cet argument en disant « aucune loi ne parle non plus du prétendu « droit d'après lequel les plaideurs se verraient imposer les deux degrés... ». Mais cela revient à reprocher au législateur de ne pas ajouter aux principes qu'il formule que ce principe ne peut être violé, ce qui est absurde ; le législateur pose un principe et, dans notre espèce, la prohibition de le transgresser est suffisamment claire.

On autorise au contraire les plaideurs à renoncer au bénéfice du second degré ; évidemment, l'ordre public n'en souffre pas tandis qu'il en est autrement en ce qui concerne le premier degré, bien que Crépon soutienne le contraire ; le législateur offre un système déterminé, et il indique aux plaideurs que s'ils ne sont pas satisfaits des premiers juges, il en est d'autres qui donneront peut-être une solution plus heureuse, mais ils ne sont là que pour contrôler la décision des premiers et non pour les remplacer, sinon le rôle des cours serait encombré par les procès que les plaideurs, pour de nombreuses considérations, ne voudraient pas soumettre au juge inférieur ; il en serait surtout ainsi en ce qui concerne les justices de paix ; pourquoi a-t-on étendu la compétence des juges de paix sinon parce qu'il est de l'intérêt public que certains procès soient jugés par un magistrat dont la mission est beaucoup plus conciliatrice que juridictionnelle.

c) L'argument d'analogie n'a pas plus de valeur.

On fait remarquer en effet qu'il est permis de renoncer au droit d'appel non seulement après que le jugement a été rendu, mais même par avance et avant que ce droit soit ouvert ; dans ce cas, le procès ne subit qu'un degré de juridiction ; par suite pourquoi dire que la règle est d'ordre public ? Voilà une exception admise.

Cette déduction est cependant bien téméraire ; qu'il y ait une symétrie dans les formules qui soit séduisante, on ne peut le nier ; pour ceux qui aiment les systèmes harmonieux, il est facile et tentant de dire « s'il est permis de supprimer le second degré en

« conservant le premier, il doit avoir été permis de
« supprimer le premier pour conserver le second ».

A la vérité, il n'y a aucune analogie entre les deux situations.

Lorsqu'une partie renonce au droit d'appeler, elle se borne à renoncer à un droit qui lui est réservé, mais qu'on ne lui impose pas ; elle respecte cependant les règles de la compétence absolue en plaissant devant les juges du premier degré ; l'ordre des juridictions n'est point troublé.

Dans le second cas au contraire, la hiérarchie est violée ; les plaideurs intervertissent un ordre ascendant en mettant le second tribunal à la place du premier ; l'ordre fixé par la loi est nécessaire quoiqu'on ne soit pas forcé d'y recourir ; comme nous le disions, la loi propose un système d'administration de la justice, rien n'oblige les plaideurs à s'en servir ; ils peuvent aller devant des arbitres s'ils n'en veulent pas ; mais s'ils l'utilisent, alors la loi impose des règles.

d) Il est un quatrième argument tiré de la condition supplémentaire mise par la jurisprudence à l'exercice du droit d'évocation.

Il faut en effet que le tribunal d'appel, pour évoquer, soit lui-même compétent ; nous développerons cette règle et nous montrerons que le juge d'appel doit être compétent *ratione materiae* et *ratione loci* ; comment peut-on concilier une pareille exigence avec la théorie que nous combattons ; deux exemples montreront les contradictions auxquelles aboutit la jurisprudence avec son système :

Si le déclinatoire, mal à propos rejeté en première instance et admis en cour d'appel tendait à obtenir le

renvoi devant une juridiction du ressort d'une autre cour, l'évocation ne serait pas possible.

De même, il est admis qu'une Cour ne peut évoquer si elle annule le jugement d'un tribunal civil par le motif que l'affaire est de la compétence en première instance du juge de paix ; et enfin la jurisprudence exige que le tribunal d'appel soit compétent en dernier ressort.

Dans tous les cas, la jurisprudence repousse l'évocation en disant : il y aurait intervention de juridiction et par suite il y a incompétence absolue.

Le seul fait de souligner ce manque de logique nous fortifie dans notre opinion ; en effet on devrait admettre que par cela seul qu'un tribunal est saisi par la voie de l'appel et qu'il appartient à l'ordre des juridictions compétentes, il peut évoquer sans être lui-même compétent comme juge d'appel.

e) Argument tiré de l'article 464.

Evidemment, la prohibition des demandes nouvelles en cause d'appel est considérée comme n'étant pas d'ordre public ; mais nous pensons que, là encore, la jurisprudence a violé l'intention du législateur parce que l'article 464 est tout de même conçu en termes impératifs, cette violation est d'autant plus manifeste que ; au cas de demande nouvelle en appel, cette demande n'est soumise qu'à un seul examen, tandis qu'au cas d'évocation, il y a tout de même accomplissement des deux degrés, au moins en la forme. C'est pourquoi la jurisprudence, en consacrant de telles solutions, adopte des systèmes peu cohérents. L'ordre public est intéressé à ce que le nombre des degrés ne soit pas augmenté, cela personne ne le

conteste, pourquoi ne le serait-il pas quand il s'agit de les diminuer ?

La vérité, c'est que les cours d'appel n'ont pas été créées pour jouer le rôle qu'on veut leur faire jouer en matière d'évocation ou de demande nouvelle : elles ont la plénitude de l'autorité judiciaire, c'est vrai ; et leur juridiction est universelle ; mais, dit Henrion du Pansey (1) « elle n'est pas immédiate ; bornées aux
« affaires dont la connaissance leur est dévolue par les
« lois de l'appel, il y aurait de leur part excès de pouvoir si elles se permettaient de statuer sur une
« demande principale qui n'aurait pas subi le premier
« degré de juridiction ».

On pourrait tout de même dire que le cas du consentement à évocation ressemble fort à un compromis d'arbitrage ; les parties qui recourent à un arbitre lui demandent de statuer en dernier ressort ; pourquoi ne pas admettre le droit pour les parties de désigner un tribunal comme arbitre. Le cas s'est présenté (2) et voici en quels termes cette prétention fut repoussée par l'avocat général :

« Faut-il insister sur les inconvénients qui naîtraient
« de la faculté, laissée à des cours de justice de rendre
« la justice en se constituant en tribunal arbitral ? Le
« tribunal n'est plus le délégué du souverain ; il n'a
« plus aux yeux du public cette existence légitime et
« certaine qui le caractérise ; il y aura une justice
« occulte et volontaire. »

(1) *Autorit. Judic.*, p. 288.

(2) Paris, 2 février 1861, D. 62.2.48.

Le même magistrat répondait aussi d'une façon souverainement dédaigneuse à l'argument déjà examiné, tiré du silence de la loi, développé par Crépon.

« D'abord la loi n'est pas muette, les principes généraux et d'ordre public parlent plus haut qu'un texte ; depuis quand est-il nécessaire de défendre expressément à un mandataire public de devenir mandataire privé pour l'accomplissement même de son mandat public ? Est-ce que le législateur a pu prévoir qu'un tribunal méconnaîtrait jamais le caractère de sa fonction et la limite de ses droits ? »

Nous pouvons dire en résumé que la règle du double degré de juridiction est d'ordre public et qu'on ne peut renoncer ni expressément ni tacitement au premier degré de juridiction dans les causes qui, d'après la loi, en sont susceptibles.

Le système de la jurisprudence doit être rejeté ; nous allons au surplus étudier maintenant quelques tendances récentes qui indiquent un revirement nécessaire.

3° LES TENDANCES DE LA JURISPRUDENCE

La première restriction apportée par la jurisprudence concerne le cas où les parties portent leur différend directement devant le juge d'appel.

Nous avons vu que ce procédé était admis comme conséquence logique du consentement à évocation et il était jugé depuis longtemps par la Cour de cassation que le juge, institué par la loi comme juge d'appel, ne pouvait connaître d'une contestation qui n'avait pas été portée devant le juge du premier degré,

à moins qu'il n'ait été saisi par un accord formel et exprès des parties ; il se trouve même un arrêt qui proclame que « le principe d'ordre public du double « degré de juridiction, base fondamentale de l'organisation judiciaire, est établi dans l'intérêt général, « mais peut être abandonné par les parties qui demandent au juge de statuer définitivement sur leur « contestation » (1). Il est inutile de souligner davantage la contradiction qui se dégage de cette formule, et il est évident que la Cour de cassation ne pouvait conserver plus longtemps une telle jurisprudence.

Un arrêt de la Cour de cassation du 12 mars 1889 (2) revient à une saine appréciation des choses et décide qu'il ne dépend pas des parties de supprimer absolument le premier degré de juridiction et de saisir, directement de l'action, le tribunal qui ne doit en connaître que dans le cas d'un appel ; cet arrêt, malheureusement, ne formule la règle que pour le cas de demande formée directement devant le juge d'appel et ne parle pas des autres cas, et spécialement de l'évocation.

Néanmoins, cet arrêt a le grand mérite de donner à la règle du double degré de juridiction son véritable sens ; les tribunaux d'appel n'ont pas été institués pour juger directement les contestations des parties mais pour apprécier le bien ou le mal jugé des juridictions du premier degré et si on ne leur présente point une sentence à infirmer ou à confirmer, on les

(1) Cass., 7 avril 1880, S. 1880.1.414.

(2) S. 1891.1.513.

appelle à juger une matière qui n'est pas de leur compétence.

On ne voit pas par suite pourquoi la solution donnée ne serait pas à étendre aussi bien au cas des demandes nouvelles qu'au cas de l'évocation prononcée à tort avec le consentement des parties.

L'évolution jurisprudentielle se poursuit, lente mais continue ; au début, les tribunaux subordonnaient tout à l'accord des parties, celles-ci pouvaient supprimer l'un des degrés de juridiction ou bien en ajouter un autre ; ou bien encore faire appel après l'expiration des délais.

Ces solutions étaient inspirées de considérations d'ordre pratique ; mais la notion d'ordre public doit prévaloir.

C'est pourquoi nous pensons que les lois de compétence doivent être d'application rigoureuse et que celles qui déterminent l'ordre des juridictions tiennent à l'ordre public et forment une partie constitutive de droit public.

L'évolution de la jurisprudence dans notre sens paraît s'être accomplie plus récemment ; il a fallu de longues années pour arriver à une doctrine aussi simple et rigoureuse que celle que nous proposons. La Cour de cassation a décidé que l'article 473 était une dérogation à l'ordre des juridictions, que par suite, il intéressait l'ordre public ; les parties peuvent donc proposer pour la première fois en cassation le moyen de nullité tiré de l'inobservation des conditions de l'évocation, bien que le demandeur en cassation ait

renoncé à s'en prévaloir et ait par suite consenti à une évocation irrégulière (1).

Plus récemment encore, la Cour de Limoges paraît avoir affirmé le caractère d'ordre public des conditions de l'article 473 à propos de la condition d'infirmité du jugement d'incident. Les parties prétendaient, par leur accord, obliger la Cour à évoquer alors qu'elle avait confirmé le jugement avant dire droit ; le premier juge était resté saisi du fonds du litige. La règle du double degré eût été violée par une évocation irrégulière (2).

*
* *

En définitive, la nature juridique du droit d'évocation peut être résumée de la façon suivante :

L'évocation est pour le juge une faculté.

Il ne peut l'exercer que si certaines conditions de forme et de fonds sont réunies.

Les parties ne peuvent le dispenser de l'observation de ces conditions, parce qu'elles sont d'ordre public.

Le seul rôle des parties consiste à mettre l'affaire en état, de quelle façon ? C'est ce que nous allons étudier dans notre seconde partie, en commentant la condition relative à l'état de l'affaire (nous sommes donc obligés de ne pouvoir donner dès maintenant un aperçu complet du rôle des parties, il ne se peut apprécier que si les conditions de l'évocation sont connues dans leurs détails).

(1) Ch. civ., 1^{er} déc. 1918, D. 1922.1.238.

(2) Limoges, 12 janvier 1932, Table de la *Gazette du Palais* 1932, V^o *Degré de Juridict.*, n^o 9.

Le juge est le seul à jouer un rôle actif ; il doit apprécier deux choses :

1° les conditions sont-elles réunies ; l'affaire est-elle en état juridiquement ;

2° l'affaire est-elle en état pratiquement c'est-à-dire le débat est-il au point.

La décision du juge est susceptible de pourvoi en ce qui concerne la première question.

Son pouvoir d'appréciation est souverain en ce qui concerne la seconde.

DEUXIÈME PARTIE

Les conditions de l'évocation

L'art. 473 n'en indique que trois, mais il y en a en réalité cinq :

Il faut en premier lieu qu'il y ait appel d'un jugement qui ne statue pas au fond (cela résulte de l'ensemble du texte).

Il faut ensuite que le jugement soit infirmé.

Il faut que l'affaire soit en état.

Le juge doit rendre une décision unique sur l'incident et sur le fond.

Enfin, le juge ne peut, après avoir infirmé et malgré que les conditions précédentes soient réunies, évoquer lorsqu'il n'est pas le juge d'appel compétent.

CHAPITRE PREMIER

Les catégories de jugements auxquelles s'applique l'article 473

Pour que le juge puisse évoquer, il faut que la décision attaquée n'ait pas été rendue sur le fond.

Voici le principe, et il ne semble pas qu'il puisse y avoir de difficultés puisque s'il en était autrement, nous savons que le juge serait saisi par l'effet dévolutif de l'appel et qu'il n'y aurait plus de place pour l'évocation.

Cependant la rédaction de l'article 473 sur ce point appelle quelques commentaires ; elle manque de clarté.

Il est en effet indiqué que l'évocation peut avoir lieu à la suite de l'infirmité d'un jugement interlocutoire ; et d'autre part, le second alinéa mentionne une autre catégorie de jugements dont l'infirmité permet au tribunal d'appel d'évoquer : les jugements « définitifs » ; le législateur n'a pas précisé sa pensée puisqu'il ajoute que l'infirmité peut avoir lieu soit pour vice de forme soit pour « toute autre cause ».

Evidemment un jugement interlocutoire n'est pas une décision sur le fond, bien qu'il préjuge du fond.

Il est certain, d'autre part, qu'il ne faut pas entendre l'expression « jugements définitifs » au sens de jugements sur le fond, à propos desquels l'évocation est inutile.

Enfin, jamais la jurisprudence n'a permis aux tribunaux d'appel d'évoquer le fond après avoir infirmé un jugement préparatoire ; existe-t-il cependant une catégorie de jugements qui soit plus étrangère au fond que celle-là ?

Ces quelques observations ne nous incitent-elles pas à dire qu'il ne faut pas poser un principe brutal ? Il ne faut pas se méprendre, en tous cas sur sa portée et il suffit de le poser ainsi « absence de décision définitive sur le fond ».

S'il en était autrement, ce n'est pas par voie d'évocation que devraient procéder les juges du second degré pour substituer une autre solution à celle qu'ils considèrent comme mauvaise, mais simplement, par voie d'infirmerie ; dans ce cas, le premier degré est en effet complètement épuisé, et le juge est tenu de vider le litige en sa totalité, sauf à ordonner telles mesures d'instruction qu'il jugera nécessaires (1) — nous aurons à revenir sur ce point — le juge d'appel est saisi du fond par l'effet dévolutif de l'appel.

Et c'est à tort croyons-nous qu'un arrêt de la Cour de Pau (Sirey, 65.2.241) parle d'évocation dans un cas d'infirmerie pour vice de forme d'un jugement tranchant définitivement une contestation ; toute la jurisprudence affirme que dans un cas semblable, le juge

(1) Nice, 20 mars 1922, *Gaz. Trib.*, 11 oct. 1922.

du second degré est saisi de la totalité du litige ; qu'il doit le vider sans avoir à évoquer.

En quel sens donc entendre le principe posé ?

En ce qui concerne les jugements interlocutoires, il n'y a pas de difficulté sérieuse ; nous serons amenés à plus de précisions pour expliquer ce que signifie le deuxième paragraphe de l'article 473 ; disons avant d'entrer dans le détail que ce principe d'absence de décision au fond est très fermement posé par la jurisprudence ; et il est poussé très loin : lorsque le juge a statué au fond, cette décision met obstacle à l'évocation, alors même qu'elle n'a été qu'implicite (1).

§ 1^{er}. — APPEL DES JUGEMENTS INTERLOCUTOIRES

L'infirmité des jugements interlocutoires est la source la plus abondante de l'évocation ; on conçoit à merveille qu'il en soit ainsi et que le législateur en ait fait la mention expresse dans le premier paragraphe de l'article 473, car c'est le cas où l'exercice de la faculté évocatoire est le plus facile aussi.

L'affaire est en effet en voie de solution, les débats ont pu porter (par exemple) sur la pertinence d'une enquête, et le juge en y faisant droit a laissé entrevoir la solution ; il est donc du plus grand intérêt pour l'appelant d'éviter en quelque sorte la mauvaise tournure que le procès prend pour lui ; s'il peut obtenir que les juges d'appel infirment la décision de première instance, il est indispensable que ces mêmes

(1) Cass. civ., 22 oct. 1890, D. 92.1.542.

juges puissent retenir toute l'affaire pour éviter un renvoi devant les premiers juges mal disposés à son égard.

Les litiges sont ainsi terminés plus promptement, et d'une façon qui offre le maximum de garanties.

En pratique d'ailleurs, l'évocation est dans ce cas, pour les parties, le moyen d'éviter une enquête qui pourrait être gênante, il est donc parfaitement compréhensible que l'évocation soit permise bien qu'une enquête ait été ordonnée par un jugement passé en force de chose jugée, lorsqu'elle intervient sur l'action en déchéance du droit de faire procéder à cette enquête (1).

Il est nécessaire toutefois de préciser quels jugements ont été visés par le législateur dans ce premier paragraphe de l'article 473. Faut-il entendre par là uniquement les jugements interlocutoires ? Que dire au sujet des autres jugements avant dire droit ?

Il paraît certain qu'on doit étendre le sens du mot « interlocutoire » et dire que l'article 473 vise d'autres jugements avant dire droit, les jugements provisoires; en effet on ne saurait soutenir que les mots « jugements définitifs » ont été employés pour faire opposition aux jugements provisoires qui sont eux aussi définitifs au sens que nous préciserons au paragraphe suivant.

Par contre l'infirmité d'un jugement préparatoire ne saurait donner lieu à l'exercice du droit d'évocation pour l'excellente raison que ces jugements ne peuvent être frappés d'appel qu'avec le jugement défi-

(1) Orléans, 5 mai 1849, D. 49.2.113.

nitif. Le tribunal, saisi de ce double appel, ne juge pas le fond en vertu du droit d'évocation, mais par l'effet dévolutif de l'appel.

Les auteurs et la jurisprudence sont unanimes à affirmer qu'il faut faire entrer dans la catégorie des jugements ne statuant pas au fond les ordonnances de référé, l'article 473, par la généralité de ses termes ne s'oppose pas à cette extension (1).

L'ordonnance de référé est essentiellement une décision provisoire, elle ne doit en rien préjuger du fond du litige : il s'agit, en cas d'urgence, d'obtenir par exemple une expertise (litige ayant trait à la propriété), ou bien encore l'expulsion d'un locataire en fin de bail ; et il suffit d'élever une contestation sérieuse pour que le juge se déclare incompétent.

Mais l'évocation à la suite de l'infirmité d'une ordonnance de référé est-elle bien l'évocation que nous étudions ? La Cour d'appel peut-elle évoquer le fond comme au cas d'infirmité d'un jugement du tribunal civil ?

Il ne faut pas perdre de vue que l'institution de la juridiction des référés a provoqué la création d'une nouvelle hiérarchie de tribunaux.

Pendant longtemps, en effet, la même cour statuait sur les appels d'ordonnance de référés et les appels de jugements. Mais le décret du 11 décembre 1926 dispose que « les arrêts des Cours d'appel statuant sur « l'appel des ordonnances du président du tribunal de

(1) Dalloz, *Répertoire*, V° *Degré de Juridiction*, n° 621, Caen, 12 juin 1854, D. 55.5.199.

« première instance sont rendus par trois magistrats
« au moins, président compris » (1).

Il semble qu'on ait créé, un tribunal d'appel nouveau pour les ordonnances de référé, et dans les Cours importantes (Paris par exemple) il existe une chambre des référés.

Ce compartimentage doit nous dicter une solution différente de celle que nous avons admise pour l'appel des jugements.

La Cour d'appel, saisie par l'effet dévolutif peut prescrire toutes les mesures que le juge des référés aurait pu ordonner lui-même (2), mais comme le juge des référés lui-même elle ne peut ordonner que des mesures provisoires, sans préjudicier en rien principal. Cette solution est bien antérieure au décret de 1926.

De même, au cas d'évocation, la Cour ne peut, à notre sens évoquer le principal, c'est-à-dire le fond du procès ; elle peut évidemment évoquer ce qu'on appelle d'une façon inélégante le fond du référé. Si la Cour pouvait statuer sur le procès lui-même elle mettrait fin à la procédure de référé, ce qui excéderait ses pouvoirs.

En d'autres termes la Cour, saisie de l'appel d'une ordonnance de référé peut ordonner les mesures provisoires qui avaient été demandées ; elle peut faire ce que le juge du premier degré aurait pu faire.

Cette proposition se comprend aisément si le juge des référés a refusé d'ordonner les mesures sollicitées.

(1) D. P. 1927.4.262.

(2) Douai, 20 février 1899, D. 99.2.182.

Mais s'il les a accordées ? L'appel sera porté parce qu'il était incompétent (nous écartons le cas de nullité de forme) quelle est l'étendue du pouvoir de la Cour ? Doit-on dire, si elle réforme l'ordonnance entreprise, qu'elle peut en quelque sorte remédier au vice d'incompétence et ordonner les mesures provisoires ?

Et cependant, si elle réforme, c'est parce qu'il y avait une contestation sérieuse, ou parce que la décision préjudiciait du fond ; si, à son tour, la Cour ordonne, elle encourt la Cassation, car elle n'est pas compétente.

L'évocation ne paraît devoir être admise que si le juge a débouté le demandeur.

Et là encore nous sommes obligés d'envisager une distinction :

Nous devons admettre l'évocation au cas d'appel d'une ordonnance de référé du chef d'incompétence s'il s'agit d'une incompétence *ratione materiae* ou *ratione loci*, il en est ainsi lorsque la Cour infirme une ordonnance pour incompétence à raison de la nature commerciale du litige.

A vrai dire, il existe des décisions dans les deux sens, ce qui n'est pas pour surprendre, étant donné les distinctions subtiles que cette discussion nous oblige à faire (1).

Nous croyons qu'il faut admettre les arguments de la Cour de Lyon (25 mai 1910) qui annule l'ordonnance rendue par le juge des référés en matière com-

(1) Lyon, 25 mai 1910, D. P. 1921.2.88, sous-note a ; *Contra*, Nîmes, 25 février 1919, D. P., *ibid.*

merciale « pour laquelle l'article 417 du Code de procédure civile a organisé une procédure rapide dans les cas qui requièrent célérité ».

La Cour de Lyon a justement décidé que, puisqu'elle avait compétence en matière commerciale, elle avait la faculté d'évoquer le fond du débat s'il était en état, c'est-à-dire d'ordonner la mesure sollicitée (en l'espèce un inventaire).

Nous nous sommes peut-être trop longuement étendus sur cette question dans un chapitre qui n'a pour but que l'étude d'un principe ; d'autant plus que nous aurons à étudier la réformation des jugements pour incompétence.

Mais l'appel des ordonnances de référé constitue une question tout à fait indépendante, une évocation à part a été créée par le nouveau décret ; il nous a paru préférable de ne pas fragmenter cette étude, il nous suffira, au moment voulu de rappeler les solutions indiquées.

Nous devons admettre les mêmes en ce qui concerne l'appel des ordonnances sur requête quand celles-ci présentent un caractère contentieux, c'est-à-dire lorsqu'elles entraînent des faits d'exécution définitive (1).

L'évocation est permise, mais les pouvoirs de la Cour ne sont pas autres que ceux du Président du tribunal civil ; la Cour de Pau a en effet refusé l'évocation dans une espèce où elle a annulé une ordonnance sur la garde des enfants rendue par le Président d'un tribunal au mépris de la loi du 28 avril 1886 ; le

(1) Envoi en possession d'un légataire universel : Civ., 3 avril 1895, D. P., 96.1.1.

président avait statué à la place du tribunal et puisque l'appel n'était pas dirigé contre un jugement, il ne pouvait être question d'évocation pour la Cour : il ne lui appartenait pas de faire ce qui était en dehors du magistrat de première instance (1).

§ 2. — INFIRMATION D'UN JUGEMENT DÉFINITIF

L'article 473 admet en second lieu l'évocation en cas d'infirmité pour vice de forme ou pour toute autre cause de jugements qui sans être interlocutoires statuent sur un incident de procédure ou sur une exception, mais sans trancher le fond.

C'est en ce sens qu'on doit entendre l'expression « jugements définitifs », elle s'applique en effet, d'une part si on prend son sens littéral, aux décisions qui ne sont plus susceptibles de recours et qui ont acquis l'autorité de la chose jugée, et d'autre part aux jugements qui donnent une solution au litige engagé ou même qui sans trancher le fond du procès, statuent sur un point particulier contesté ; l'article ne vise évidemment pas ces cas.

Dans le premier, il n'est pas d'appel possible, et dans le second, la cour est saisie par l'effet dévolutif ; c'est ainsi par exemple, que si l'appel porte sur un jugement qui a accordé à une partie des dommages-intérêts à établir par état, il s'agit d'un jugement au fond qui contient une condamnation définitive qu'il ne reste plus qu'à liquider, la Cour peut le faire sans avoir à évoquer.

(1) 10 août 1887, D. P. 38.2.242.

L'évocation ne saurait être non plus envisagée dans le cas où le premier juge, bien que n'ayant pas expressément statué sur le fond, a cependant rejeté la demande par une exception qui se lie au fond du procès ; si, par exemple, il s'agit d'un jugement qui a repoussé une demande comme non recevable pour défaut de qualité du demandeur. L'appel saisit la Cour de l'ensemble de l'affaire, le tribunal ayant épuisé sa juridiction.

Il semble donc qu'on puisse affirmer qu'il y ait lieu à évocation au cas unique où il y a infirmation d'un jugement définitif repoussant la demande sans juger le fond, par exemple, si le juge se déclare incompétent.

Le jugement est dénitif en ce sens qu'il statue définitivement sur la nullité ou sur la compétence, c'est ce que soutient Carré (1), il prétend trouver d'ailleurs une justification à sa théorie dans les termes mêmes de l'article 473, par l'interprétation subtile qu'il en fait.

Le législateur aurait employé le mot « réformer » (ce qui signifie que le juge d'appel aurait pris connaissance du fond) au lieu du mot « infirmer » qui veut seulement dire qu'une décision est prise après examen de questions absolument indépendantes.

Nous ne nous arrêterons point à cette interprétation qui établit des distinctions que la loi n'a pas faites et qui auraient l'inconvénient plus grave de supposer que le juge d'appel ne prend pas connaissance du fond ; le législateur a bien entendu le contraire, puis-

(1) *Les lois de la Procédure civile*, 3^e édit., t. IV, Question 1706.

qu'il faut que le juge d'appel prenne connaissance du fond pendant l'instruction qui se déroule devant lui afin d'éclairer sa religion pour pouvoir évoquer.

Notre interprétation qui est celle des auteurs et de la jurisprudence, n'a pas convaincu Merlin qui, dans ses « Questions de Droit » (V.^o Appel § XIV), estime que le mot « définitif » doit être pris dans son sens le plus étendu ? Selon lui, le mot « définitif » signifie que l'évocation peut être exercée au cas d'infirmité d'un jugement ayant statué au fond.

Il est vrai que, plus loin, le même auteur (n^o 6 du même chapitre) finit par se ranger au système d'après lequel les principes de l'évocation sont inapplicables lorsque le jugement dont est appel a terminé la cause en statuant sur le fond.

Il s'est trouvé cependant quelques arrêts pour soutenir cette théorie, c'est ainsi qu'on trouve les attendus suivants dans un arrêt de Pau (1) :

« Attendu qu'aux termes de l'article 473, le juge d'appel est autorisé à évoquer le fond non seulement lorsqu'il infirme un simple interlocutoire, mais aussi lorsqu'il infirme un jugement définitif... Attendu qu'il doit surtout en être ainsi lorsque la décision attaquée a déjà statué sur le fond et que le jugement doit être annulé. »

Cette même Cour a affirmé sa doctrine dans un autre arrêt aux termes duquel elle annule un jugement du tribunal de Lourdes rendu par deux juges titulaires et un avoué sans qu'un avocat ait été appelé (1). La Cour émit la prétention de connaître le fond par voie

(1) Pau, 5 avril 1865, D. P. 65.2.175.

d'évocation ; l'avocat général s'y opposa en soutenant que la Cour devait statuer au fond en vertu de l'effet dévolutif « évoquer, disait-il, c'est de la part du magistrat supérieur, connaître d'une affaire dans laquelle le premier degré de juridiction n'a pas été rempli ». Il pouvait, pour soutenir cette saine doctrine, s'appuyer sur ce que la Cour de cassation avait décidé dans un arrêt rapporté au Sirey, 56.1.742. « Il n'y a lieu à évocation facultative que sur les appels qui laissent en dehors le fond du procès et non les appels qui saisissent le juge d'appel du fond même du procès, ne lui laissant plus la faculté de le juger ou de ne pas le juger ».

En résumé, l'article 473 « in fine » ne vise que les jugements définitifs sur incident, statuant sur une fin de non recevoir, la compétence par exemple ; et ceci nous amène au seuil du chapitre suivant. Nous avons en effet préféré pour plus de clarté étudier, à propos de l'infirmité en général, ce qui est la suite logique de nos actuels développements : les causes d'infirmité pour vice de forme, incompétence, etc... ce qui, au fond revient toujours à préciser quels jugements sont visés par l'article 473.

CHAPITRE II

L'infirmité du jugement de première instance

§ 1^{er}. — DE L'INFIRMITÉ EN GÉNÉRAL

Il est indispensable que le jugement dont appel soit infirmé, sinon une partie pourrait enlever à son adversaire un degré de juridiction ; il faut que le juge d'appel soit saisi par l'effet dévolutif pour mettre à néant la décision des premiers juges.

On pourrait imaginer, en effet que le juge d'appel connût de l'affaire avant même que le juge inférieur se soit prononcé ; si l'évocation avait lieu dans ce cas, il y aurait violation très nette de l'art. 473.

Le cas s'est présenté devant la Cour de Montpellier dans une espèce ancienne (1). Le tribunal d'Espalion sur trente-deux chefs de demande en avait jugé dix-sept et sursis à statuer sur quinze autres, la Cour statua en appel sur tous les chefs, puis les enquêtes furent portées directement pour les trente-deux chefs de demande, devant la Cour qui les retint tous ; le

(1) Dalloz, *Répertoire*, V^o *Degré de Juridiction*, n^o 561.

tribunal n'avait point prononcé et sur ces chefs son jugement ne pouvait par conséquent être infirmé. La décision de Montpellier fut cassée.

Cette condition d'infirmerie se comprend aisément ; la prudence conseille, en effet souvent, de ne pas laisser la connaissance du fond au tribunal dont le premier jugement a été infirmé ; tandis qu'au contraire aucun motif ne demande que dans le cas de confirmation on s'écarte de la règle commune. Il n'y a pas de raison d'enlever la connaissance du litige à des juges dont on approuve la décision : ils ont ordonné à bon droit une enquête ce sera leur rôle d'en apprécier les résultats.

La jurisprudence est très ferme sur ce point, l'évocation n'est même pas accordée au cas où les deux parties concluent au fond lorsque la Cour confirme un jugement d'incompétence ; il serait vain d'invoquer que les deux parties ont renoncé à la règle du double degré de juridiction : cette règle est d'ordre public (1).

Il en est de même au cas où la cour confirme une décision par laquelle le premier juge s'est déclaré compétent.

C'est pourquoi nous sommes surpris de lire dans le traité de MM. Glasson et Tissier que « dans le cas « où les juges d'appel confirment un jugement définitif ils ne peuvent évoquer que si l'affaire est en « état de recevoir une solution définitive... » (2), puisqu'il s'agit d'un jugement sur un incident, nous con-

(1) Cass., 21 mars 1893, D. P. 93.1.318.

(2) *Traité de Procédure*, t. III, 3^e édit., p. 397.

siérons que cette interprétation est contraire au principe énoncé et à l'interprétation qu'en donne la jurisprudence qui paraît unanime (1).

Nous pousserons même le raisonnement en disant que l'infirmité et par suite l'évocation ne peuvent avoir lieu qu'au profit de la partie qui attaque le jugement et non de celle qui a conclu à la confirmation.

On peut en effet imaginer le cas suivant à l'appui de ce que nous avançons.

Une partie interjette appel d'un jugement ordonnant une preuve offerte par son adversaire, et l'intimé, sans former appel incident, conclut à la confirmation ; on comprendrait mal que le juge supérieur infirmât le jugement interlocutoire et évoquât le fond en décidant que la preuve offerte est inutile pour prouver le bon droit de l'intimé, demandeur à l'interlocutoire ; tel n'est pas le but de l'évocation.

Si l'infirmité est absolument nécessaire, il ne faut pas en déduire qu'elle doive être expressément prononcée ; il suffit qu'elle résulte de la décision du juge d'appel ; il est des cas où cette décision implique nécessairement l'annulation de celle des premiers juges.

Si, par exemple un jugement de première instance a admis une partie à invoquer à titre de présomption les pièces d'une procédure correctionnelle, l'arrêt qui décide que dans l'espèce les présomptions n'étaient pas admissibles infirme par là même le jugement d'avant dire droit, et le juge peut évoquer le fond.

(1) Civ., 29 juillet 1884, D. P. 85.1.53 ; Cass., 17 janvier 1859, D. P. 59.1.220.

A l'inverse, il ne faudrait pas que cette infirmation fut purement apparente.

En fait, la Cour de cassation interprète les expressions dont se sert le juge, et indique si en fait il a entendu confirmer ou infirmer ; cette attitude est à l'abri de toute critique (1).

En quoi consiste exactement cette infirmation.

Evidemment dans une modification du dispositif du jugement de première instance et non des motifs ce qui ne suffirait pas ; tandis qu'au contraire, l'évocation serait possible, si les juges d'appel s'appropriaient les motifs des premiers juges et aboutissaient cependant à une infirmation effective.

L'essentiel, au fond, est que le juge d'appel arrive à une conclusion différente, quand même le résultat obtenu ne serait pas, en apparence, sensiblement différent. C'est pourquoi ce n'est pas faire échec au principe que de considérer comme un cas d'infirimation le fait pour un juge d'appel de modifier le jugement qui avait déclaré à tort la demande mal fondée, alors qu'elle était tout simplement irrecevable.

Il faut enfin que l'infirimation elle-même soit régulière ; on ne pourrait, en effet, admettre que l'évocation soit possible, même au cas d'infirimation, si un tribunal d'appel annule comme incompétemment rendue une décision de première instance, alors que le juge de première instance n'était pas dans les limites de sa compétence : le vice de l'infirimation prononcée atteint l'évocation que l'on pouvait croire régulière.

(1) Chambre civile, 28 juin 1892, D. 94.1.179.

La jurisprudence, enfin, a toujours admis que l'infirmité peut n'être que partielle ; ceci ne nécessite aucune explication particulière (1).

Toutefois, il ne peut y avoir lieu à évocation quand l'infirmité ne modifie en rien le mode d'exécution du jugement partiellement confirmé ; la plupart des décisions que nous avons consultées ont prononcé le renvoi devant le tribunal de première instance, et même devant un autre que celui dont la décision fut infirmée ; une cour a pu ainsi décider, bien qu'elle ait infirmé un jugement dans une de ses dispositions, de ne pas retenir la cause et se borner à confirmer la disposition par laquelle les premiers juges avaient renvoyé devant des arbitres le compte à faire entre les parties. Dans cette même espèce, il fut décidé qu'il était vain d'opposer que la confirmation d'une telle disposition ait pour résultat d'imposer aux parties un troisième degré de juridiction (2).

Nous avons ainsi défini ce qu'il faut entendre par infirmité et dans quelle mesure l'infirmité peut être une condition de l'évocation ; ces considérations générales sur la nature même de l'infirmité prononcée ne suffisent pas pour une étude complète de la première condition imposée par l'article 473 ; elles peuvent, tout au plus, servir de préface à l'étude des causes d'infirmité.

C'est là que dans la pratique se rencontrent les plus grandes difficultés ; c'est pourquoi il ne suffit pas de dire que les juges d'appel doivent repousser la

(1) Cass., 18 décembre 1918, D. P. 1922.1.238.

(2) V. Dalloz, *Rép. Prat.*, V^o *Degré de Jurisdiction*, n^o 552.

décision de ceux de première instance, il faut encore savoir pour quelle raison l'infirmité a été prononcée et si, dans ce cas précis, la loi autorisait l'évocation.

Les causes d'infirmité. — Nous savons que certains auteurs, reprenant d'ailleurs les idées qui étaient admises avant la rédaction du Code de procédure, pensaient pouvoir distinguer entre les causes d'infirmité, bien qu'aucune distinction n'ait été faite par l'article 473 et que même les termes très généraux dans lesquels il est rédigé, militeraient pour la thèse contraire.

La jurisprudence a maintes fois affirmé qu'il n'y avait aucune distinction à faire. Il est des cas où l'infirmité aura pour effet de rendre une décision inexistante, c'est la raison pour laquelle on peut dire que, le plus souvent, l'évocation aura pour conséquence une exception à la règle du double degré de juridiction ; la jurisprudence ne s'est pas embarrassée pour si peu : elle s'est toujours contentée que le premier degré ait été parcouru en fait, et elle prétend ensuite qu'il n'y a pas exception à la règle ; en réalité, elle en méconnaît le sens si elle considère que le premier degré est rempli par le fait matériel de se présenter devant un tribunal, sans se préoccuper de ce qui lui est soumis.

*
* *

L'étude de l'infirmité des jugements interlocutoires ne nécessite aucun développement particulier, cela est facile à comprendre :

A. C.

Le juge infirme l'interlocutoire tout simplement parce qu'il a été mal à propos ordonné et qu'une solution pouvait être donnée au litige, ou bien parce que l'errement sollicité par l'une des parties ne suffisait pas à détruire le bien-fondé des prétentions de l'autre.

L'infirmerie est donc prononcée pour des raisons particulières à chaque espèce.

Si au contraire l'interlocutoire est entaché d'une nullité quelconque, de deux choses l'une :

Ou bien nous sommes dans un cas analogue à ceux que nous allons étudier d'une façon générale (vice de forme, incompétence).

Ou bien, et cela nous paraît plus vrai, nous ne sommes pas dans un cas d'évocation : il convient de se demander si l'affaire est en état, ce qui n'est guère probable, puisque le juge supérieur annule l'interlocutoire avant d'en avoir examiné le mérite.

Il y a également un argument de texte en notre faveur : l'article 473 admet bien l'évocation au cas d'infirmerie pour vice de forme, mais pour les jugements définitifs sur incidents, dans son alinéa second; il n'admet pas dans son alinéa premier l'infirmerie d'un interlocutoire pour vice de forme.

Donc, le cas de réformation de l'interlocutoire pour mal jugé ne présente aucune difficulté ; mais nous devons reprendre ici, où elle est mieux à sa place, la discussion déjà commencée à propos de l'étude du paragraphe 2 de l'article 473 (dans notre première partie, chap. II) qui est la source de toutes les difficultés possibles d'interprétation.

Le mieux, nous semble-t-il, est d'étudier successivement toutes les causes d'infirmerie ou du moins les

principales pour établir que chacune peut donner lieu à l'exercice du droit d'évocation ; c'est la meilleure façon de développer le présent paragraphe.

2° ANNULATION POUR VICE DE FORME

Indiquons tout d'abord que ce cas est expressément visé par l'article 473 qui, cependant, emploie le mot « infirmer » ; bien entendu, il faut l'entendre au sens large.

Si le juge annule pour vice de forme, l'évocation est possible sans qu'il y ait à distinguer s'il s'agit d'un vice de forme de l'instance ou du jugement lui-même ; nous retrouvons écartée, ici encore, la vieille théorie de Boncenne.

Plus récemment la Chambre des Requêtes a décidé qu'il pouvait y avoir évocation de l'affaire jugée en référé alors que l'ordonnance attaquée devant la Cour était annulée par celle-ci, à raison de la nullité de l'assignation qui n'avait pas été signifiée par huissier commis (1).

Cependant dans une espèce semblable, la thèse contraire appuyée sur Boncenne, se soutenait fort logiquement : si l'assignation est annulée et par suite toute la procédure qui a suivi, il n'y a plus rien à juger, l'arrêt infirmatif ne peut rendre l'existence à une instance qu'il annule ; la solution normale semble être de renvoyer le demandeur à procéder régulièrement.

(1) Cass. civ., 28 janvier 1919, S. 1921.1.345.

Nous avons déjà répondu que le texte est trop général pour qu'on puisse retenir cette théorie, mais, au fait, peut-on dire vraiment qu'on évoque le néant ? En réalité, comme le fait remarquer M. Tissier sous l'arrêt rapporté, le juge d'appel évoque une affaire qui a donné lieu à une décision (qu'il annule, il est vrai) mais qui a donné lieu aussi à des conclusions prises devant lui et qui lui ont paru suffisantes pour que l'affaire soit en état d'être jugée.

D'ailleurs, si nous rappelons le but de l'évocation : célérité plus grande des affaires, nous pouvons penser qu'il serait contraire à l'esprit du texte d'obliger le demandeur à refaire toute une procédure pour une atteinte assez bénigne au formalisme alors que l'affaire est instruite ; la seule question qui se pose est plus grave, et d'un ordre plus général.

Si en effet cette affaire se présente dans de telles conditions devant le juge d'appel, ce n'est pas seulement parce qu'elle est en état, des conclusions ayant été prises au fond, mais parce qu'une décision sur le fond est intervenue (ce n'est pas le cas, il est vrai, d'une ordonnance de référé comme dans l'espèce rapportée ; une ordonnance de référé a le caractère de décision définitive, mais est une décision d'incident). La question de nullité de l'assignation peut se présenter quand il a été rendu un jugement sur le fond, et dans ce cas la question se pose : devons-nous admettre l'évocation après ce que nous avons écrit dans le chapitre précédent.

Le cas le plus fréquent est celui où l'annulation est prononcée pour composition irrégulière du tribunal ; là encore on pourrait invoquer la généralité des ter-

mes de l'article 473 et les principes mêmes qui régissent l'évocation.

Pour répondre à la question que nous avons posée, les partisans de l'affirmative tiennent le raisonnement suivant :

Le jugement sur le fond étant nul, il n'y a pas à en tenir compte ; on ne peut dire que les juges du premier degré ont jugé le fond de l'affaire, l'évocation est donc tout à fait normale.

Cette théorie est admise par une nombreuse jurisprudence qui, non seulement permet l'évocation dans le cas particulier de composition irrégulière du tribunal (1) ; mais encore au cas d'infirmité pour tout vice de forme, par exemple si les parties n'ont pas été régulièrement représentées à l'instance, si l'affaire n'a pas été communiquée au ministère public ; c'est également la doctrine de Chauveau et de tous les auteurs qui se plaisent à invoquer les travaux préparatoires pour prétendre que le droit d'évocation n'est pas une exception à la règle du double degré de juridiction (voir la note de M. Tissier, précitée).

Sous les lois de 1790, en effet, toutes les fois que les juges d'appel infirmaient pour nullité ou vice de forme, ils devaient retenir le fond sur lequel les premiers juges n'avaient pas statué, autrement, on eut considéré que le principe des deux degrés était violé.

En résumé, voici cette théorie :

Les juges du premier degré ne doivent pas être considérés comme ayant statué sur le fond, l'évocation est donc possible.

(1) Cass., 20 décembre 1836, S. 37.1.159.

Nous ne pensons pas qu'il faille admettre cette manière de voir ; la meilleure réponse qu'on puisse faire est de développer l'idée sur laquelle s'appuient les partisans de cette théorie ; un raisonnement logique nous conduit à une conclusion opposée :

En effet, si le jugement sur le fond doit être considéré comme inexistant, il se trouve alors que la juridiction du premier degré n'a rendu aucun jugement, par conséquent l'évocation est impossible ; les conditions de l'article 473 font défaut, il faut qu'il y ait au moins infirmation d'un jugement d'incident.

Par contre, il ne faut pas faire de cette réfutation une seconde théorie et dire que l'évocation est impossible au cas d'annulation pour vice de forme, parce que les magistrats de première instance n'ont rendu aucun jugement ; on ne peut évoquer le néant.

Soutenir une pareille théorie, ce serait méconnaître le mécanisme de l'appel.

Il nous suffit de rappeler nos développements sur la distinction de l'effet dévolutif et de l'évocation pour trouver la vraie solution qui est admise par les auteurs récents et par une partie de la jurisprudence.

La Cour a le droit de statuer au fond, c'est le bon sens même ; mais elle le fait parce qu'elle est saisie et elle doit statuer obligatoirement ; l'appel contre le jugement parce qu'il est entaché d'un vice, est néanmoins l'appel contre une décision sur le fond, la Cour n'a donc pas à évoquer ce dont elle est saisie ; il est à regretter que les décisions qui admettent cette manière de voir n'aient pas cru devoir prendre parti nettement, en admettant par exemple que la Cour a le droit de statuer sans user de l'évocation ; tandis qu'au con-

traire on emploie une formule inexacte : la Cour peut procéder au besoin par voie d'évocation.

Il est certain que la Cour de cassation ne saurait considérer comme entachée d'un vice quelconque une décision de ce genre ; elle a toujours, elle aussi, admis que les Cours d'appel ne statuent par voie d'évocation que surabondamment (1).

§ 3. — L'INFIRMATION POUR CAUSE D'INCOMPÉTENCE

Il nous faut, pour traiter cette question, envisager deux hypothèses bien différentes ; il se peut, en effet, que le tribunal dont le jugement est infirmé ait statué seulement sur la question de compétence ou bien qu'il ait statué à la fois sur la compétence et sur le fond ; dans le second cas, l'évocation n'est pas admise par certains auteurs pour des raisons analogues à celles que nous avons données dans l'examen des cas d'annulation pour vice de forme.

A la vérité, ces deux hypothèses se compénètrent un peu ; on fait appel pour résoudre les difficultés qu'elles soulèvent aux mêmes notions, mais il est préférable pour l'intelligence du sujet de présenter d'abord un cas simple.

A) Le jugement de première instance est un jugement sur l'incident de compétence

Une sous-distinction s'impose, le tribunal s'est déclaré compétent ou incompétent.

(1) Ch. civ., 17 juin 1873, D. P. 73.1.475,

a) Première hypothèse. — Si le juge supérieur annule le jugement pour fausse déclaration de compétence, l'évocation peut avoir lieu ; il s'est trouvé cependant des auteurs pour la repousser.

Il est certain que l'évocation n'était pas autorisée en droit canon et que, avant la rédaction du code, sous l'empire de l'ordonnance de 1667 (art. 3, titre IV), il était interdit au juge d'appel d'évoquer le fond quand les juges du premier degré n'avaient pas pris connaissance du tout de la contestation, puisqu'ils s'étaient bornés à prononcer sur l'exception d'incompétence ; quelques arrêts postérieurs au code ont appuyé cette théorie (1).

Voici comment Berriat-Saint-Prix la justifie dans son cours de Procédure civile (2).

Il s'appuie sur les termes de l'article 473 ; le mot infirmer ne peut s'appliquer à l'anéantissement d'une décision pour incompétence, sinon le législateur aurait employé le mot « annuler » ; de plus le tribunal, incompétent à raison de la matière ne peut connaître du fond, car les juges du second degré ne peuvent faire que ce que les premiers juges auraient pu et dû faire (vieille maxime que nous rencontrons souvent dans l'étude de l'appel).

Cette théorie paraît se soutenir logiquement. Ne peut-on dire en effet qu'un jugement sur la compétence n'est ni définitif puisqu'il ne statue pas sur le fond, ni interlocutoire puisqu'il ne préjuge pas du fond.

(1) Voir Sirey, *Code de Procédure annoté*, n^o 41 et suiv.

(2) T. II, p. 488, note 113.

Cependant, nous savons ce qu'il faut entendre par « jugement définitif » ; nous sommes bien en présence d'un jugement définitif, mais sur incident : l'incident de compétence.

Nous ajouterons, d'ailleurs, à cet argument d'ordre général une explication tirée de la nature spéciale du jugement sur la compétence.

La compétence est une question d'organisation judiciaire ; elle est la réglementation des pouvoirs des tribunaux et par suite une question qui est normalement d'ordre public. Elle se rattache donc, comme l'évocation aux nécessités de l'organisation judiciaire et l'on comprend que si, sur cette question, un conflit s'élève entre le tribunal inférieur et le tribunal d'appel, on peut redouter qu'un renvoi devant un tribunal inférieur ne soit dangereux pour l'intérêt de la partie qui l'a obtenu ; le nouveau tribunal saisi peut très bien se déclarer incompétent, et le procès traîne en longueur.

La Cour de cassation est maintenant fixée en notre sens par de nombreux arrêts (1).

Nous devons toutefois formuler une réserve :

La Cour d'appel ne pourra pas toujours évoquer.

Si elle annule pour incompétence un jugement du tribunal civil, parce que le juge de paix était compétent, elle n'est pas compétente elle-même puisqu'elle n'est pas le tribunal d'appel du juge de paix.

De même, elle ne peut évoquer si un tribunal d'un autre ressort était compétent.

(1) Voir *Répertoire Fuzier-Hermann*, V° *Appel*, n° 3591 et note TISSIER, S. 99.1.273.

Nous nous bornons à indiquer ces exceptions à un principe qui est d'ailleurs très fermement établi parce qu'elles dépassent le cadre de notre discussion actuelle; leur étude rentre dans celle que nous ferons d'une façon plus large sur la compétence du tribunal d'appel (dans notre dernier chapitre).

b) Dans la seconde hypothèse, infirmation pour fausse déclaration d'incompétence, on ne peut raisonnablement refuser le droit d'évoquer au tribunal d'appel. Le premier juge s'est déclaré incompétent : si le procès revient devant lui, la partie qui a obtenu la réformation est sûre de perdre son procès devant des juges mal disposés. Et puis, pourquoi retarder une solution qui quoiqu'on fasse sera toujours la même, ce qui est facile à comprendre :

Si le tribunal se déclare compétent, il statuera sur le fond, la partie perdante portera appel ; la cour statuera exactement comme elle eût statué si elle avait été saisie plus tôt. Pourquoi donc lui refuser le droit de connaître le fond tout de suite ?

En définitive, puisque le tribunal refuse de juger alors qu'il devrait le faire, l'évocation s'impose ; elle était même imposée avant le Code de procédure, et sur ce point la doctrine ne fait pas de difficultés (1).

*B) Le jugement attaqué a porté sur le fond
mais le tribunal était incompétent*

Sur ce point la jurisprudence n'est pas absolument fixée ; certains arrêts ont étendu la solution

(1) ROUSSEAU et LAISNEY, V° *Appel*, n° 449 ; CRÉPON, t. II, n° 3591.

précédente au cas où les premiers juges avaient statué au fond, sans se préoccuper de savoir si l'appel avait ou non porté sur le fond.

La question se présente de la même manière qu'au cas d'annulation pour vice de forme, on se heurte en effet à la règle que nous avons formulée en tête de cet ouvrage : l'évocation n'est possible qu'au cas où le fond n'a pas été jugé.

Il paraît juste de soutenir que si le jugement est frappé d'appel en même temps que sur la compétence, il n'y a pas place pour l'évocation.

C'est la solution admise par de nombreux arrêts contre lesquels la doctrine déploie sa critique (1).

Avant de prendre parti ne convient-il pas de se demander si la question présente quelque intérêt ? En effet, dans la plupart des cas le tribunal du premier degré statue par deux jugements distincts, c'est une règle qui ne souffre que les exceptions indiquées ci-après ; par conséquent s'il est normal d'admettre que la Cour puisse évoquer le fond en infirmant pour incompétence, quelle atteinte subira ce principe si nous refusons l'évocation quand le fond a été jugé ? Aucune semble-t-il.

Cependant il est des cas où les tribunaux du premier degré peuvent statuer par un seul jugement : les tribunaux de commerce le peuvent pourvu que ce soit par deux dispositions distinctes ; les tribunaux civils peuvent agir de même du moins si les parties ont conclu sur le fond. Donc, il y aura appel, à la fois sur la compétence et sur le fond.

(1) Voir note TISSIER, S. 1899.1.273 et note APPLETON, S. 1886.2.137.

Il nous paraît intéressant de rappeler ici en quels termes l'arrêt de Lyon du 24 octobre 1885 annoté par M. Appleton refuse l'évocation.

« Considérant que les appelants ont relevé appel
« à la fois sur la compétence et sur le fond ; que les
« deux parties y concluent toutes deux, et demandent
« à la Cour d'y statuer ; considérant que les parties
« soutiennent à tort que la Cour peut examiner le
« fond du débat et y donner solution par voie d'évo-
« cation ; que l'article 473 du Code de procédure ne
« saurait dans l'espèce recevoir application, le juge-
« ment dont appel ayant statué au fond ; considérant
« que les règles de la compétence sont d'ordre public ;
« que le tribunal de Tarare étant incompétent n'avait
« à aucun titre le droit de connaître du fond du débat
« et d'y donner solution ; qu'ainsi le jugement doit être
« déclaré nul, et que la Cour ne saurait-elle même se
« reconnaître le droit, soit de confirmer, soit de réfor-
« mer une décision qui ne peut subsister dans aucune
« de ses dispositions ; qu'elle n'a donc pas à exami-
« ner et à s'arrêter aux conclusions prises par les par-
« ties en ce qui touche le fond du débat, et qu'il y a
« lieu de les renvoyer à se pourvoir devant les juges
« compétents ».

On peut déjà remarquer que dans cette espèce la Cour était saisie du fond par l'effet dévolutif de l'appel, et puisque l'appelant concluait au fond, il renonçait à l'exception d'incompétence *ratione loci* qui n'est pas d'ailleurs d'ordre public ; donc la Cour devait statuer au fond et ne pas renvoyer.

Mais nous voudrions discuter cette décision d'une

façon plus générale, en la considérant comme une décision type.

La première réflexion qui peut venir à l'esprit est celle-ci : n'est-il pas singulier d'établir une différence entre les cas où le tribunal a statué par un seul jugement et celui où il affirme sa compétence par un jugement séparé ?

On chercherait vainement une raison juridique :

Un jugement tranchant le fond n'est pas exclu par l'alinéa 2 de l'article 473.

Bien mieux, si les débats n'avaient pas porté sur le fond, il ne pourrait y avoir d'évocation possible, parce que l'affaire ne serait pas en état.

Ce qui est vrai c'est qu'il n'y a pas lieu à évocation lorsque l'appel porte sur un jugement ayant statué au fond, la Cour est alors saisie du fond, elle n'a pas à évoquer ce qui ne veut pas dire que si le jugement a statué au fond, la cour ne saurait juger à son tour sur le fond cela veut dire tout simplement qu'il n'est pas besoin de recourir à l'évocation.

En définitive, il ne s'agit pas de savoir si le jugement dont appel a porté ou non sur le fond, mais si l'appel porte lui-même sur le fond, ou si au contraire il se limite à la question de compétence.

Dans le premier cas le tribunal d'appel statuera par l'effet dévolutif ; il devra statuer, même si l'affaire n'est pas en état (sauf mesure d'instruction à ordonner).

Dans le second cas, le tribunal d'appel statuera s'il le veut par voie d'évocation et si la cause est en état.

Les mêmes solutions s'appliqueront au cas d'infir-
mation d'un jugement statuant sur une fin de non

recevoir, si la fin de non recevoir est liée au fond, la cour peut statuer au fond dont elle est saisie par l'effet dévolutif.

Cette discussion sur la compétence nous conduit donc à affirmer pour conclure, que c'est à tort que toute une partie de la jurisprudence refuse de juger le fond en cas d'infirmité pour incompétence, par une inexacte compréhension de la règle légale.

Tout ceci sous les réserves suivantes que nous avons à développer d'ailleurs dans notre chapitre dernier sur la compétence du juge qui évoque :

Il faut que le juge d'appel ne soit pas incompétent lui-même *ratione materiae* pour statuer au fond.

D'autre part, il faut que le juge d'appel puisse, d'après la loi, statuer en dernier ressort sur le litige.

CHAPITRE III

L'affaire doit être en état de recevoir une solution définitive

Cette condition est expressément requise par l'article 473 : il faut que la matière soit en état de recevoir une solution définitive ; cela signifie qu'il est nécessaire que l'affaire ait été entièrement instruite, en première instance ou bien en appel.

La loi n'a pas dit dans quel cas une affaire sera en état d'être définitivement jugée ; elle s'en remet à la sagesse des magistrats ; on pourrait dire, par conséquent, que tout se ramène à une question de fait. Il y a en réalité deux choses qui indiquent que cette condition est réalisée ; d'abord quand la lumière est faite dans l'esprit du juge ; c'est la raison pour laquelle on lui défend d'évoquer puis d'ordonner une mesure d'instruction, car ce faisant le juge reconnaîtrait que la cause n'est pas disposée à recevoir une solution définitive.

Mais il faut pour que la lumière se fasse, que les parties aient été à même de discuter à fond leurs prétentions respectives à un moment quelconque de la procédure — c'est une condition préalable. — Il faut

donc que les parties aient pris position dans le débat par des conclusions au fond ; c'est que nous allons expliquer au cours des paragraphes qui vont suivre, pour indiquer en fin de chapitre que ces conditions de procédure, si elles sont indispensables pour mettre la cause en état, ne sont pas toujours suffisantes puisque le juge peut avoir encore besoin d'un éclaircissement, auquel cas il ne peut évoquer.

§ 1^{er}. — IL FAUT QUE DES CONCLUSIONS SOIENT PRISES
AU FOND

En général l'affaire est suffisamment instruite quand les deux parties, par des conclusions prises sur le fond ont discuté tous les points de l'affaire ; c'est en ce sens qu'elle est en état aux termes de l'article 473.

Le juge est alors saisi du fond ce qui ne veut pas dire qu'il donnera une solution au litige ; il ne faut pas dire non plus qu'il ne peut plus ordonner une mesure d'instruction, car s'il veut le faire, il ne peut évoquer puisque l'affaire ne serait pas en état ; s'il le pouvait, l'utilité de la faculté accordée par le législateur disparaîtrait complètement puisque les plaideurs, pour arriver à la solution de leur contestation, se verraient obligés aux mêmes frais et à la même perte de temps que si la matière avait subi les deux juridictions.

En réalité une cause n'est pas en état lorsqu'on est obligé de lui faire subir une discussion si légère soit-elle, après le jugement d'évocation.

Nous verrons plus loin dans quelles conditions doivent être prises ces conclusions ; mais affirmons

d'abord le principe. Si ces conclusions n'ont été prises à aucun moment de la procédure, l'évocation ne peut avoir lieu, la jurisprudence est très ferme sur ce point (1).

Que doit-on entendre par conclusions prises au fond ? Il faut qu'il y ait, de la part du défendeur, rejet des prétentions du demandeur ; une discussion détaillée n'est pas nécessaire sur le fond, mais il faut qu'il y ait une position nettement prise.

Toute défense du défendeur qui n'est pas une réponse directe au demandeur sur le terrain choisi par celui-ci ne permet pas au juge d'appel évoquer.

Il est en effet de nombreux moyens de repousser une action :

Si par exemple le défendeur se borne à opposer une fin de non recevoir tirée de son défaut de qualité pour défendre à l'action du demandeur, l'évocation est impossible.

L'affaire en serait pas non plus en état, toujours au point de vue de procédure auquel nous nous plaçons si l'appelant a fait défaut en première instance et n'a pas conclu sur le fond en appel ; en ce qui concerne l'intimé nous aurons à nous étendre sur cette question plus délicate.

L'affaire ne serait pas en état, enfin, si, bien qu'il y ait eu défense au fond à la demande principale, il n'y a eu de défense au fond, ni devant les premiers juges ni devant les juges d'appel sur une demande reconventionnelle formulée par le défendeur (2).

(1) Bordeaux, 30 juillet 1904, D. 1905.2.156.

(2) Civ., 24 novembre 1897, D. 98.1.173.

§ 2. — IL N'EST PAS NÉCESSAIRE QUE LES CONCLUSIONS
SOIENT RENOUVELÉES EN APPEL

Quand les conclusions ont été respectivement prises sur le fond devant le juge de première instance, celui-ci peut ou est mis à même de statuer ; cela suffit donc pour que le juge d'appel, quand le litige est ouvert devant lui et qu'il infirme pour quelque cause que ce soit, puisse évoquer le fond sans qu'il soit besoin que les conclusions aient été reprises ou examinées.

Le fait par l'intimé de ne pas reprendre ses conclusions en appel ne fait pas obstacle à l'évocation ; le plus souvent quand il s'agit de l'appel d'un interlocutoire, l'intimé se borne à conclure à sa confirmation, il est expressément jugé que, dans ce cas, le juge d'appel peut évoquer (2).

Il nous semble d'ailleurs que le fait par l'intimé de conclure à la confirmation du jugement de première instance équivaut à la reprise de ses conclusions ; ceci doit être admis d'une façon générale au cas où l'intimé a obtenu satisfaction ; c'est le cas s'il a obtenu un interlocutoire car il reconnaissait lui-même sa nécessité, et le jugement de première instance n'a repoussé *à priori*, aucune de ses demandes.

Mais il ne faudrait pas étendre cette théorie au cas où l'intimé a été partiellement débouté ; il doit formuler un appel incident s'il veut que toutes ses prétentions soient examinées ; la jurisprudence d'ailleurs

(1) Cass., 10 août 1885, D. P. 86.1.212.

se contente d'une simple reprise des conclusions de première instance.

De toutes façons, le seul fait pour l'intimé de ne point conclure au fond ne peut être un obstacle à l'évocation ; cette solution s'applique encore au cas d'appel contre un jugement qui admet une fin de non recevoir ; la cause est en état par le seul fait que l'appelant ait conclu au fond, peu importe que l'intimé se soit borné à conclure à la confirmation de la fin de non recevoir, il lui fallait conclure à toutes fins ?

Nous n'insistons pas sur ces solutions qui nous paraissent être le bon sens même.

On peut hésiter, au contraire, sur la solution à admettre si l'intimé conclut à la confirmation du jugement admettant l'exception d'incompétence qu'il avait soulevée, doit-on considérer la cause suffisamment en état ?

Nous savons que le fait pour un tribunal d'appel d'infirmier un jugement de cette nature permet l'évocation, cela n'a jamais été contesté sérieusement, même par les auteurs qui, comme Chauveau, refusent d'admettre l'évocation au cas d'infirmité pour incompétence.

Ne pourrait-on pas dire : l'intimé n'a jamais conclu au fond ; en effet en première instance, il a soulevé l'incompétence du tribunal, puis, il a conclu en appel exactement comme en première instance, il n'a donc jamais repoussé la prétention du demandeur en elle-même, mais uniquement parce qu'elle devait être présentée devant un autre tribunal.

Si nous admettons ce point de vue, nous sommes donc en contradiction avec toute la doctrine et nous

devons refuser l'évocation chaque fois qu'il y a appel d'un jugement sur la compétence

Voici ce qu'on peut répondre : le tribunal saisi était compétent, il a eu tort de ne pas juger ; la partie qui demande jugement n'était pas en faute ; elle a conclu au fond ; l'intimé n'a pas fait défaut puisqu'il a conclu : il n'a conclu que sur la question de compétence ; il est en faute de n'avoir pas conclu sur le fond.

Admettre le contraire ce serait subordonner l'évocation à la mauvaise volonté ou à l'habileté d'un des plaideurs (1).

§ 3. — SUFFIT-IL QUE DES CONCLUSIONS SUR LE FOND
SOIENT PRISES EN APPEL ?

Que décider au cas où ni le demandeur ni le défendeur n'ont déposé de conclusions en première instance ?

Evidemment l'affaire n'est pas en état ; cependant, si les parties déposent en appel toutes deux des conclusions, pourquoi la Cour n'évoquerait-elle pas ?

L'article 473 ne s'y oppose pas, puisqu'il parle en termes très vagues de l'état de l'affaire. Les principes généraux et la logique juridique conduisent à admettre une telle solution. Affaire en état ? Cela veut dire en langage simple : conclusions au fond. A quel moment ? Peu importe et la loi ne le dit pas. La Cour de cassation a toujours admis cette doctrine, elle a notamment jugé qu'il n'y a pas violation de l'article 473, ni fausse application des règles de l'évocation,

(1) Conf. CARRÉ et CHAUVÉAU, t. III, Questions 1572 et 1577 et Req., 11 avril 1922, *G. P.*, 1922.2.143.

lorsque la Cour d'appel statue sur le fond du litige bien que le tribunal de première instance ait écarté la demande comme prématurée par une fin de non-recevoir, sans qu'il soit constaté que les défendeurs eussent alors conclu au fond, s'ils l'ont fait devant la juridiction du second degré (1).

La Cour de cassation n'a pas craint d'ailleurs de pousser plus loin cette idée, et elle admet encore l'évocation au cas où l'appelant seul a conclu au fond ; l'intimé doit être considéré comme ayant conclu en appel lorsqu'il se borne à conclure en ces termes cités par l'arrêt que nous rapportons (2). « Dire que le jugement sortira son plein et entier effet, rejeter toutes les conclusions de l'appelant, le condamner aux dépens ». Elle estime que l'intimé est en faute de n'avoir pas conclu à toutes fins.

Le Président Henrion du Pansey refuse d'admettre l'évocation dans ce cas et voici en quels termes — toujours dans le cadre des théories de Boncenne qui refusait d'accorder aux parties les avantages de l'évocation alors qu'elles eussent pu mettre le juge en mesure de statuer en première instance.

« Le juge supérieur, dit-il, ne peut évoquer que
« dans les circonstances où le juge inférieur aurait pu
« juger. Le juge d'appel ne peut faire, par la voie de
« l'évocation, que ce que le tribunal de première ins-
« tance aurait pu et dû faire lui-même ; ainsi Lorsque
« le demandeur en déclinatoire s'est strictement ren-
« fermé dans l'exception d'incompétence et que le

(1) Cass., 21 mai 1902, D. P. 1902.1.351.

(2) Cass., 2 décembre 1901, D. 1903.1.42.

« premier juge s'est déclaré incompétent, la Cour
« d'appel à laquelle le jugement est déféré doit,
« si elle infirme, renvoyer devant le même juge ;
« mais si la partie qui a proposé le déclinatoire avait
« cependant conclu au fond, en réformant la sen-
« tence par laquelle le juge se serait déclaré incom-
« pétent, la Cour d'appel serait autorisée à statuer sur
« le tout et à terminer le procès par un jugement
« définitif » (1).

Nous croyons que cette opinion est erronée parce qu'elle suppose que les termes de l'article 473 se rapportent à l'état dans lequel l'affaire s'est trouvée devant les premiers juges, or la rédaction est très générale, il est plus conforme à la logique et au but de l'évocation de dire qu'il suffit que l'affaire soit en état au moment de l'infirmité du jugement de première instance par le tribunal d'appel.

Nous pensons en outre que le fait pour l'intimé de ne conclure qu'à la confirmation de l'interlocutoire équivaut bien à une défense au fond, puisque l'interlocutoire préjuge du fond ; et vraisemblablement, l'intimé ne peut demander autre chose s'il a obtenu un interlocutoire qui doit lui être favorable ; on ne voit pas bien quelles autres conclusions il pourrait déposer. Il a demandé cette mesure d'instruction parce qu'il estime qu'elle lui est nécessaire, il est donc dans l'impossibilité de demander ensuite à la Cour de déclarer cette mesure inutile, et de conclure au fond puisqu'il ne peut prouver son droit ; par suite nous

(1) HENRION DU PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Chap. XII, p. 415,

pensons que l'évocation est très normale et qu'elle ne peut être par défaut.

Par contre, si en première instance, le débat n'a porté que sur la compétence et si en appel l'intimé ne conclut pas au fond, il paraît difficile d'admettre l'évocation et de suivre sur ce point la Cour suprême. Le fait pour l'intimé de demander par exemple la confirmation du jugement d'incompétence ne signifie pas qu'il discute la prétention du demandeur ni même qu'il la repousse, il ne fait que la retarder par un de ces artifices courants lorsqu'on a tort ; par conséquent l'affaire n'est pas en état.

Nous compléterons ainsi notre pensée :

S'il n'y a eu absolument aucun débat sur le fond, l'évocation est impossible, mais si le fond a été tant soit peu effleuré même par des conclusions subsidiaires, le juge supérieur peut évoquer, quand bien même l'intimé ne concluerait que sur la question d'incompétence.

Nous nous éloignons ainsi de la jurisprudence qui ne fait aucune réserve, et nous sommes peut-être arrêtés par un paradoxe, car la position des partisans de la jurisprudence est très forte et elle se résume ainsi :

L'intimé qui est en faute de ne pas avoir conclu se trouve dans une position meilleure que l'appelant.

Et cependant la rectification que nous apportons nous semble logique si nous la rapprochons de la solution admise par un arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1872 (1) qui décide qu'en l'absence de conclusions formellement prises sur le fond, en première

(1) Sirey, 72.1.403.

instance comme en appel, la Cour saisie d'une question préjudicielle peut évoquer le fond, pourvu que cette question préjudicielle soit connexe à celle du fond.

De même il est nécessaire que toutes les conclusions au fond aient été prises par toutes les parties en cause ; si, par exemple, toutes les parties n'ont pas été mises en cause, l'affaire ne pourrait être en état. On a soutenu quelquefois l'opinion contraire (1) et admis que l'évocation pouvait avoir lieu dans le cas où une partie se pourvoit en appel à l'effet d'obtenir la nullité d'un jugement rendu sans qu'elle ait été appelée et qui ne conclut au fond que d'une manière subsidiaire. On soutient qu'il n'y a aucune raison de priver la Cour de la faculté d'évoquer, puisqu'elle reconnaît qu'il y a lieu d'infirmer et que le procès est en état de recevoir une solution définitive.

Nous répondons ceci : puisque la Cour estime que la partie aurait dû être appelée devant les premiers juges, le tribunal d'appel en évoquant, la priverait d'un degré de juridiction.

Il est vrai que la même conséquence se produit au cas d'infirmer pour nullité de forme (nous avons admis l'évocation dans ce cas) c'est évidemment un argument ; mais ne peut-on pas poser en principe que si l'article 473 constitue dans certains cas (et nous avons déterminé dans quelle mesure), une exception à la règle du double degré de juridiction, c'est à la condition que le premier degré ait été parcouru en fait ; et en tous cas, les exceptions ne se conçoivent que

(1) Voir Dalloz, *Répertoire*, V° *Degré de Juridiction*, n° 568.

dans l'intérêt des parties, ce qui serait le contraire dans le cas qui nous occupe.

C'est pour cette raison que nous ne saurions admettre la solution de certains auteurs autorisant l'évocation lorsque le jugement de première instance a été rendu par défaut ; dans ce cas, en effet, le premier degré de juridiction n'a pas été parcouru par l'une des parties ; un arrêt de la Cour de Grenoble a consacré cette manière de voir (1), la Cour a prononcé le renvoi devant les premiers juges quoique dans ce cas, elle eut été saisie par l'effet dévolutif de l'appel ; c'est une décision évidemment contestable sur ce point, mais intéressante en ce qu'elle a affirmé le principe en matière d'évocation.

M. Glasson, qui annote cet arrêt, soutient au contraire, et c'est une opinion communément admise, que l'affaire pourrait se trouver en état.

« On ne voit pas, dit-il, pour quels motifs l'affaire
« ne pourrait pas se trouver en état dans certains cas
« devant les juges du second degré, par la seule raison que le jugement infirmé aurait été rendu par
« défaut ».

A notre sens, l'affaire ne pourrait être pratiquement en état, bien qu'instruite, que par des conclusions prises sur le fond en appel ; elle ne le serait pas lorsque la partie défaillante en première instance se borne à demander l'infirmité du jugement avant faire droit et ne conclut pas au fond.

En définitive, si le jugement de première instance est par défaut, il faut, pour que la Cour puisse évo-

(1) 5 décembre 1890, D. 92.2.337.

quer que l'intimé conclue principalement sur le fond.

S'il ne le fait que subsidiairement, on ne peut supposer de sa part une renonciation au premier degré de juridiction, parce qu'en Cour souveraine, on plaide à toutes fins, et par conséquent ses conclusions subsidiaires sont comme non avenues dès lors que ses conclusions principales ont été accueillies.

Nous précisons encore qu'il faut écarter de notre discussion le cas où le jugement de première instance est rendu par défaut sur le fond, auquel cas la Cour serait saisie par l'effet dévolutif.

Par conséquent, l'opinion de M. Glasson ne doit pas être admise quand même on soutiendrait que l'évocation pourrait se faire, elle aussi, par défaut. Nous aurons à démontrer d'une façon plus complète que lorsqu'il y a évocation, elle ne peut être prononcée que contradictoirement, ou alors n'être pas prononcée du tout. Nous réservons à cette importante question un paragraphe à la fin du présent chapitre.

§ 4. — CONCLUSIONS AU FOND VALABLEMENT PRISES

Que les conclusions sur le fond aient été prises en première instance ou en appel, il est nécessaire qu'elles l'aient été valablement.

La difficulté se présente à propos des instances dans lesquelles un incapable est soumis à certaines formalités habilitantes.

Nous examinerons le cas du tuteur agissant pour son pupille.

Le tuteur ne peut pas introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur sans

l'autorisation du conseil de famille ; mais il a toujours été admis que cette autorisation peut être postérieure à l'action, elle efface l'irrégularité de la procédure antérieure ; cette autorisation peut donc intervenir en appel, mais avant la décision définitive, ce qui est parfaitement logique, puisqu'en réalité l'autorisation a lieu pendant et non après l'acte qu'elle concerne (1).

Si donc, en appel, le tuteur prend des conclusions au fond, régulièrement autorisé, l'évocation peut avoir lieu bien qu'en première instance les conclusions au fond n'aient pas été valablement prises.

En ce qui concerne la femme mariée, sa demande est rejetée quand elle n'est pas autorisée ; la question de l'évocation ne se pose pas.

La défense aux individus pourvus d'un conseil judiciaire de plaider sans l'assistance de ce conseil est générale et absolue ; elle s'applique même au cas où il s'agit de défendre à une action en séparation de corps. A défaut de cette assistance, il y a lieu de prononcer la nullité de la procédure suivie et du jugement intervenu en première instance ; et cette nullité ne saurait être couverte par l'intervention du conseil judiciaire en cause d'appel. Et dans ce cas, si le prodigue et son conseil bornent expressément leur demande à la nullité du jugement et refusent de conclure au fond, la Cour ne peut vider le fond, soit en vertu de son pouvoir d'évocation, soit en vertu de l'effet dévolutif de l'appel (2).

(1) DEMOLOMBE, *Cours de Droit civil*, t. VII, 3^e édit., n° 749 ; AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, t. I, § 114.

(2) Amiens, 21 juillet 1880, S. 82.2.76,

Dans un arrêt précédent, la même Cour avait prévu la restriction à apporter à ce principe. Si les parties concluent en appel, à la fois sur la forme et sur le fond, et si à ces divers points de vue, la cause est instruite, il n'y a pas à refuser le droit d'évocation (1).

Enfin, il reste à examiner le cas des personnes qui ne sont pas des incapables, mais qui agissent au nom d'autrui et qui n'ont pas obtenu les autorisations nécessaires en première instance.

Si nous prenons le cas du maire agissant au nom de la commune irrégulièrement, son action n'est pas reçue devant le tribunal. La décision est donc par défaut, bien que le maire ait pu signifier des conclusions. Par suite, en appel, si le maire est autorisé nous ne pensons pas que l'évocation soit possible à moins que les conclusions ne soient prises au fond (solution identique à celle donnée en ce qui concerne les appels de jugements rendus par défaut).

§ 5. — ETUDE DU CAS PARTICULIER OU UNE PARTIE REFUSE DE CONCLURE AU FOND EN APPEL

Nous voudrions préciser maintenant le caractère de l'évocation prononcée dans le cas où une partie a plaidé au fond devant les premiers juges, en sollicitant subsidiairement une mesure d'instruction, et qui en appel se borne à demander confirmation de l'interlocutoire. Nous savons que le juge peut évoquer, après ce que nous avons dit dans le paragraphe second de ce chapitre ; mais on est tenté de soutenir que l'évocation ainsi prononcée soit par défaut.

(1) 9 juillet 1873, S. 73.2.225.

Or la question présente un gros intérêt pratique ; si on permet en effet à une partie de revenir sur opposition, le but de l'évocation n'est pas atteint.

Cependant Garsonnet et MM. Glasson et Tissier se prononcent dans ce sens.

« Il ne peut dépendre d'une partie d'empêcher l'évocation en refusant de conclure au fond, et si la cause n'est pas en état au sens strict du mot, elle est du moins prête à recevoir un jugement par défaut, ce qui suffit pour autoriser l'évocation ».

Voilà ce qu'écrit Garsonnet (1).

Nous pensons que cette opinion est le résultat d'une confusion et nous allons nous attacher à démontrer qu'il ne peut y avoir ni évocation à la suite d'un jugement par défaut ni évocation par défaut ; l'évocation ne se justifie que si elle est contradictoirement prononcée.

Nous précisons que nous écartons de la discussion le cas où l'une des parties n'a conclu sur le fond à aucun moment du procès (fin de non-recevoir soutenue en première instance). L'affaire ne serait pas en état.

A) *Arguments en faveur de l'évocation par défaut*

Ils sont de deux ordres différents.

a) D'une façon générale, on peut invoquer les principes admis en matière de défaut.

Il est certain qu'il ne peut y avoir de décision contradictoire sur un chef, qu'autant qu'il y a des conclusions échangées par les parties ; or, en fait, dans les instances qui nous préoccupent, il n'y a pas de conclu-

(1) *Traité de Procédure*, t. VI, p. 135.

sions au fond devant la Cour, mais seulement sur l'interlocutoire ordonné par les premiers juges.

On tire un second argument « a contrario » de toute une jurisprudence dont nous avons parlé, qui confond d'ailleurs l'effet dévolutif de l'appel avec l'évocation.

Si en effet nous supposons une instance dans laquelle les deux parties concluent à l'infirmité de l'interlocutoire et reprennent leurs conclusions dans les mêmes termes que devant les premiers juges ; dans ce cas, dit-on (1), par l'effet dévolutif de l'appel ainsi présenté, le tribunal d'appel est saisi de l'entier examen de la cause et il peut prononcer sur le fond par une disposition immédiate. Par conséquent, si une des parties ne conclut pas, ou conclut seulement à la confirmation de l'interlocutoire, la Cour ne peut statuer sur le fond que par défaut.

On peut encore, en se référant toujours aux principes généraux, trouver un argument de plus dans un cas qui présente avec le nôtre de grandes analogies : lorsqu'en effet un jugement définitif est rendu après un jugement avant dire droit, sans que de nouvelles conclusions aient été prises par les parties, le jugement définitif est par défaut, bien que le jugement avant dire droit ait été rendu contradictoirement.

Voici la règle dans un cas normal, en dehors de l'évocation : doit-elle changer lorsque le juge d'appel évoque sans que l'intimé ait conclu autrement qu'à la confirmation de l'interlocutoire par lui sollicité en première instance ?

En logique, il n'y a aucune raison de décider autre-

(1) Req., 12 août 1884, D. 85.1.71.

ment ; si l'intimé ne conclut pas au fond, il n'y a pas de contrat judiciaire formé ; le refus de contradiction exclut le caractère contradictoire de l'instance.

b) Il est un argument d'ordre spécial :

Dans une instance ordinaire, quand la Cour est saisie par un appel valable et régulier de l'examen du fond (appel d'une décision sur le fond) l'intimé est prévenu d'avoir à se défendre ; s'il ne le fait pas, il est en faute dans une certaine mesure, l'arrêt est cependant par défaut, c'est-à-dire que l'intimé peut revenir sur opposition ; mais pourquoi priverait-on de ce recours l'intimé défailant dans le cas où la Cour évoque d'office et alors que l'intimé n'est pas prévenu d'avoir à se défendre ?

Il n'y a aucune raison de texte : l'article 473, dans ses termes, n'écarte nullement l'opposition, l'expression « statuer définitivement » n'a pas le sens de jugement ou arrêt sans voie de recours, elle s'oppose à « décision interlocutoire » et équivaut à « décision sur le fond ».

Nombre d'arrêts ont affirmé que les Cours peuvent évoquer malgré que les parties n'aient pas conclu devant elles au fond, la cause est en état, et cela suffit pour autoriser l'évocation ; point n'est besoin d'obliger les parties à conclure au fond ; d'ailleurs la Cour dépasserait son pouvoir en leur ordonnant de le faire.

Voici les motifs d'un arrêt de la Cour de Caen, du 11 avril 1884 (1) :

« Attendu qu'il y a lieu de rechercher si, le jugement étant annulé, l'évocation du fond conclue par

(1) D. P. 85.2.196.

« les époux Douesnel, combattue par Collin, doit être ordonnée...

« Qu'en vain Collin, en refusant de conclure au fond, s'efforce de mettre obstacle au vidé du litige, que les délais qu'il a déjà pratiqués et son intention manifeste de persévérer dans le même système, sont un argument décisif pour l'admission de l'errement sollicité par ses adversaires.

« Qu'il y a lieu de considérer Collin comme défaultant au fond. »

Nous n'insistons pas sur le premier vice de cet arrêt: ordonner un errement de procédure en évoquant le fond, ceci est déjà singulier; mais que dire d'une évocation prononcée par défaut pour punir une des parties d'avoir accumulé les obstacles, alors que l'arrêt lui-même autorise cette partie à revenir sur opposition et prolonge ainsi le procès ?

En réalité cette décision a le tort de poser en principe ce qui n'est qu'une exception; quand le jugement de première instance est annulé pour vice de forme et si l'intimé conclut uniquement à la confirmation, on peut admettre qu'il y ait défaut sur le fond, encore qu'on arrive à ce résultat bizarre que nous avons signalé et qui est manifestement contraire au but de l'évocation.

Mais si le jugement est réformé parce qu'il a ordonné à tort une mesure d'instruction, et si l'intimé conclut uniquement à la confirmation, on ne peut dire qu'il y ait un défaut possible, car le premier juge a connu du fond et en tous cas l'intimé ne peut conclure d'aucune autre manière, ce qui reviendrait à dire que dans tous les cas sera rendue une décision par défaut.

C'est pourquoi nous allons essayer de présenter les arguments en faveur du caractère contradictoire de l'évocation.

B) *Réfutation*

Nous nous plaçons toujours, bien entendu, au cas d'appel d'un jugement interlocutoire, et l'intimé conclut à la confirmation pure et simple de la décision qui ordonne une mesure d'instruction par lui sollicitée — nous exceptons le cas où l'intimé fait réellement défaut, c'est-à-dire ne conclut pas du tout ; dans ce cas, évidemment, point n'est besoin d'insister : nous sommes dans le droit commun, on peut toujours faire défaut en appel ; nous entendons simplement combattre la théorie singulière soutenue par MM. Glasson et Tissier, d'après laquelle il suffit que l'intimé ne veuille point conclure au fond pour que l'évocation soit prononcée par défaut.

Nous précisons que dans le cas où l'intimé ne conclut pas du tout, l'arrêt tout entier sera par défaut.

En d'autres termes, nous pensons qu'on ne peut dire comme le fit la Cour de Caen dans un arrêt récent qu'elle réformait le jugement dont appel, et évoquait le fond par défaut contre X... qui n'avait conclu que sur l'incident relatif aux mesures d'instruction. Nous aurons à commenter cet arrêt et ses suites.

Pour établir ce que nous avançons, il nous suffit de reprendre toute la jurisprudence ayant trait à une question déjà exposée : dans quel cas une affaire est-elle en état ?

Il faut que la Cour soit saisie par des conclusions prises au fond par les parties en première instance, alors même qu'elles ne seraient pas reproduites en appel.

En l'espèce, l'intimé en première instance a toujours conclu au fond : il sollicite une enquête, par exemple, pour établir ses prétentions, mais il est bien obligé d'exposer l'objet de sa demande ; qu'il ne puisse obtenir gain de cause tout de suite, cela est indifférent ; mais l'enquête préjuge du fond ; si elle est établie dans les termes de l'appointé de preuves, l'intimé doit réussir.

Si l'intimé n'a pas conclu au fond et s'est contenté, par exemple, d'opposer une fin de non-recevoir, peut-on dire que l'affaire soit en état s'il ne conclut pas en appel sur le fond ? Nous avons vu que la Cour ne pouvait évoquer sur l'appel d'un jugement de compétence quand il n'a été conclu que sur ce chef, parce qu'il n'y a pas de conclusions au fond ; il en est autrement en cas d'appel d'un jugement rendu par un tribunal de commerce, car il peut avoir statué sur la compétence et sur le fond ; dans ce cas l'évocation est possible et la cause est en état parce que celle des parties qui oppose l'incompétence conclut subsidiairement au débouté de demande (1).

Ces quelques observations nous conduisent à dire que la situation, au cas qui nous occupe, se présente sous la forme du dilemme suivant :

Ou bien des conclusions n'ont pas été prises par une

(1) Ch. civ., 8 juin 1926, D. H. 1926.3.393.

seule des parties ni en première instance ni en appel, l'affaire n'est pas en état, pas d'évocation possible.

Ou bien les deux parties ont conclu sur le fond en première instance ; il n'est pas nécessaire qu'elles renouvellent leurs conclusions ; et en tous cas l'intimé doit conclure à toutes fins, s'il ne le fait pas, il doit supporter les conséquences de sa faute, et l'évocation est possible (1).

Si donc l'intimé se présente en appel l'arrêt infirmatif sera forcément contradictoire et l'évocation le sera aussi.

Dans le cas spécial qui nous occupe, les conclusions demandant la confirmation pure et simple d'un avant faire droit sont des conclusions au fond ; l'intimé est dans une situation identique à celle de première instance ; si, en effet, la Cour écarte l'errement de procédure ordonné elle est amenée à connaître du fond pour déclarer qu'il n'est ni pertinent ni concluant.

Nous ajoutons qu'il serait étrange de reconnaître à une partie le droit de faire défaut partiellement, pour mettre à néant les avantages de l'évocation.

Il suffit pour s'en rendre compte de serrer la question d'un peu plus près :

On peut toujours faire défaut en appel et faire opposition à l'arrêt infirmatif, cela est très normal.

Peut-on admettre par contre qu'une partie se défende sur un point et que la décision rendue soit inattaquable en tant qu'infirmative, mais que l'intimé puisse discuter à nouveau l'évocation ? Non ; parce que si l'intimé fait opposition à l'arrêt partiellement

(1) Req., 12 mars 1866, D. P. 66.1.472.

contradictoire il ne pourra plus critiquer l'infirmité prononcée, il critiquera seulement l'évocation ; et comment ? En disant qu'elle n'était pas nécessaire (puisque'il s'y était opposé), c'est-à-dire en soutenant que l'affaire n'était pas en état ; mais alors il reconnaîtra implicitement que la Cour ne pouvait pas évoquer même par défaut ; il y aura donc une contradiction certaine dans les prétentions de l'intimé, contradiction facile à mettre en relief :

D'une part, profiter de ce que la décision d'évocation est par défaut ;

Et d'autre part, prétendre qu'elle ne devait pas être ordonnée.

On arrive ainsi de déduction en déduction, à des conclusions vicieuses.

Nous ajoutons pour appuyer notre théorie que de nombreuses décisions de justice rendues sur cette matière ne l'ont jamais été par défaut (1).

La Cour de Caen a eu récemment à se prononcer sur une espèce en tous points semblable à celle que nous discutons.

A la date du 27 avril 1932, la Cour d'appel de Caen rendit un arrêt réformant un jugement du Tribunal civil de Valognes du chef où il avait ordonné une enquête et une expertise (ces errements devaient avoir pour but d'établir qu'une cession de mobilier agricole faite à un cohéritier constituait une donation déguisée, et qu'en réalité le *de cujus* était resté l'exploitant et le propriétaire aux yeux des tiers).

(1) Ch civ, 9 janvier 1907, D. P. 1907.1.32 ; Req., 9 avril 1895, D. P. 95.1.239.

La Cour repoussa l'enquête et évoqua le fond par défaut contre les intimés qui « n'avaient conclu que sur l'incident relatif aux mesures d'instruction ».

Bien entendu les intimés (époux A...) firent opposition et conclurent en ces termes « rapporter purement et simplement toutes dispositions dudit arrêt, ayant trait à l'évocation et au fond de l'affaire ».

Nous avons signalé l'illogisme d'une telle attitude, il n'a pas échappé à la Cour de Caen qui, par un second arrêt en date du 19 novembre 1932, rendu évidemment par des magistrats différents, revint sur sa première décision en déclarant l'opposition irrecevable en ces termes :

« Attendu que les premiers juges ont ordonné une
« enquête... qu'en disposant ainsi ils n'ont point sta-
« tué sur un incident de procédure mais sont entrés
« dans le vif du débat ; que l'interlocutoire, en subor-
« donnant le succès de la demande aux résultats de
« l'enquête et de l'expertise préjugeait le fond ; qu'en
« effet le tribunal se liait les mains pour le cas où
« elles eussent été probantes, s'obligeait par avance
« dans ces hypothèses à accueillir la prétention des
« époux A....

« Attendu qu'en Cour d'appel, les époux A... ont
« demandé formellement la confirmation du juge-
« ment entrepris, que dans ces conditions on ne
« saurait dire avec l'arrêt sus-daté que les époux A...
« n'ont conclu que du chef des mesures d'instruction ;
« qu'en réalité, ils ont conclu au fond ; que le débat
« s'est institué contradictoirement entre eux et les
« autres parties ; que l'arrêt intervenu dans ces con-
« ditions ne saurait donc être considéré comme ayant

« été rendu par défaut, qu'étant en réalité contradictoire dans toutes ses dispositions, il n'était pas susceptible d'être attaqué par la voie de l'opposition. »

Nous pensons que la cause est entendue après l'exposé des motifs de cet arrêt.

Nous remarquons toutefois que la Cour de Caen a employé une expression inexacte lorsqu'elle dit que « le juge se liait les mains.... »

L'interlocutoire ne lie pas le juge ; en ordonnant la preuve de certains faits, le tribunal ne s'engage pas pour cela à tirer exclusivement sa sentence définitive du résultat de l'enquête, et en ce qui concerne les résultats de cette enquête, le tribunal reste libre de déclarer que les faits, tels qu'ils ont été relatés par les témoins, n'ont pas le caractère concluant qu'on aurait pu leur prêter tels qu'ils étaient exposés dans l'appointé de preuve.

Tel est le sens de cette règle et on peut considérer que la Cour de Caen ne l'a pas violée en employant une expression peu exacte pour indiquer ce qui est la vérité à savoir que l'on peut prévoir la décision du juge sans se tromper si l'enquête est, comme on le dit dans le jargon de la procédure « réussie ».

Cette règle ne doit pas, d'ailleurs, être étendue à tous les jugements interlocutoires.

Selon M. Japiot, en effet (1) : « Si le tribunal décide, sur la demande du créancier de déférer le serment au débiteur, ce jugement crée un préjugé très net, à cause des règles du serment décisoire, le juge sera obligé

(1) *Traité de Procédure civile*, p. 367, n° 536.

de trancher ensuite le fond conformément aux résultats de la délation de serment. »

★★

Quoiqu'il en soit, la conclusion qui se dégage de cet arrêt nous paraît être la suivante.

Dès lors qu'une partie ne fait pas défaut faute de conclure devant les juges du second degré, elle ne peut s'opposer à l'évocation, elle prend position dans le débat ; si l'affaire est en état, la Cour évoquera, elle pourra même le faire sans qu'aucune partie le demande, c'est là l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ; ce serait méconnaître son pouvoir que de permettre aux parties de revenir sur opposition.

Quand la Cour évoque d'office : sa décision est sur ce point contradictoire, bien qu'aucune des parties n'ait conclu expressément à l'évocation.

A plus forte raison si l'appelant conclut à l'évocation, quoique fasse l'intimé, il ne peut s'opposer à une évocation contradictoire.

Si les conclusions au fond n'ont pas été prises en première instance et si l'intimé ne conclut pas au fond en appel, il ne pourra y avoir non plus évocation par défaut parce que la cause ne sera pas en état.

Enfin, il ne pourra y avoir évocation par défaut que si l'arrêt infirmatif lui-même est par défaut ; en ce cas d'ailleurs, on ne peut parler d'opposition à l'évocation puisque l'intimé ne conclut pas. Ce point nous semble en dehors de la discussion.

★★

En définitive, lorsque les conclusions ont été prises dans les termes que nous venons d'indiquer dans l'ensemble de ce chapitre, l'affaire est en état « en la forme », c'est-à-dire qu'à ce moment se pose pour le juge la question de savoir si l'affaire est réellement instruite, il exerce alors le pouvoir discrétionnaire que nous avons étudié comme étant une des caractéristiques du droit d'évocation.

Nous pensons avoir bien démontré que pour qu'une affaire soit en état il faut deux choses :

Les conclusions prises au fond par les parties mettent le juge en mesure d'apprécier l'état de l'affaire ; il n'a pas le droit de déclarer suffisamment instruite une affaire dans laquelle les parties n'ont pas conclu quand bien même la lumière serait faite dans son esprit ; mais en revanche, il peut très bien dire que malgré les conclusions prises sur le fond par les parties l'affaire n'est pas en état d'être jugée définitivement.

CHAPITRE IV

Il faut un jugement unique sur l'infirmité et sur le fond

Lorsque le juge d'appel évoque le fond, il doit statuer sur l'infirmité du jugement avant dire droit et sur le fond par une même décision.

Ceci ne veut pas dire que le jugement ne puisse contenir qu'une disposition ; deux dispositions sont indispensables, mais il faut qu'elles soient contenues dans le même arrêt.

Le principe est formulé en termes très nets par toute la jurisprudence et il ne paraît souffrir aucune exception. Si, en effet, les juges d'appel ne le respectaient pas, cela signifierait tout simplement que l'affaire n'est pas état, par conséquent, ils ne pourraient évoquer. S'ils le font en ordonnant une mesure d'instruction, leur décision doit être cassée.

Si, par exemple, l'arrêt constate la nécessité d'une mesure d'instruction destinée à éclairer la religion du juge, et qu'il ordonne une expertise portant sur les difficultés qui forment le fond du débat, les juges d'appel manifestent ainsi que le fond n'est pas en

état (1). La Cour ne peut donc ordonner cette mesure d'instruction puis statuer ensuite sur le fond par un second arrêt.

En réalité ce chapitre n'est que le développement de l'idée exposée dans le précédent ; on peut même aller jusqu'à dire que la meilleure façon pour le juge de reconnaître qu'une affaire est complètement instruite est de voir s'il peut par un seul arrêt terminer tout le procès en réglant définitivement toutes les difficultés.

Au contraire, quand le juge du second degré est saisi par l'effet dévolutif, le fond a déjà complètement subi le premier degré de juridiction, par suite, il peut prendre toutes les dispositions qu'il veut ; il n'est pas tenu de terminer le litige ; il peut ordonner toutes les mesures d'instruction qu'il estime nécessaires.

Pourquoi cette différence ? Parce que le but de la loi qui était, par la faculté d'évocation concédée au juge d'appel, de terminer les procès au plus vite et d'éviter les frais eut été manqué, si, après l'évocation prononcée, l'instruction pouvait être reprise avec tous les détails et tous les dépens qu'elle comporte. Le moyen de couper court à ces abus à la répression desquels on était incité par les enseignements du passé, était d'obliger d'une façon absolue le juge d'appel à statuer sur l'évocation et sur le fond par un seul et même jugement.

(1) Ch. civ., 17 mai 1893, D, P, 94.1.121.

Il importe d'ailleurs de définir la portée de cette obligation imposée au juge en s'appuyant sur une constatation fondamentale en notre matière.

L'article 473 déroge à la règle du double degré de juridiction ; mais il ne permet cette dérogation que si l'intérêt des parties est en jeu ; il oblige le juge à statuer par un seul jugement, c'est-à-dire quand le procès peut être terminé ; par suite on peut considérer qu'il y a là une preuve de plus de son intention de rendre les procès moins longs et moins coûteux.

C'est pourquoi cette dernière condition n'est qu'apparemment une condition de forme ; elle est aussi une condition de fond puisque le législateur a entendu interdire toute violation même déguisée. Il se peut en effet que le juge ait respecté la règle en apparence alors que l'affaire n'était pas en état, deux exemples le montreront.

Il se peut que le juge d'appel n'ordonne pas nécessairement une mesure d'instruction et qu'il viole cependant la dernière prescription de l'article 473. Si, par exemple le Tribunal d'appel infirme une décision des juges inférieurs puis renvoie à une audience ultérieure pour être statué sur le fond après que les parties auront plaidé si bon leur semble. Cela revient à dire que l'affaire n'est pas non plus en état, puisque le juge a besoin de nouveaux éclaircissements oraux.

De même encore, lorsque un jugement de première instance est infirmé pour avoir été rendu trop précipitamment et sans avoir ordonné les mesures propres à l'éclairer, le juge du second degré ne pourra pas ordonner un interlocutoire, il ne pourrait évoquer que

si, dans l'intervalle, la cause avait été mise suffisamment en état.

L'article 473 n'a fait que reproduire les ordonnances de 1579 et 1667. Ces ordonnances d'ailleurs ne se bornaient pas à autoriser les juges d'appel à évoquer sous la condition de statuer définitivement par un seul et même arrêt, mais déclaraient expressément nulle toute évocation rendue sans qu'il ait été tenu compte de cette condition. L'article 473 ne prononce aucune peine en cas d'inobservation, malgré cela, il ne peut y avoir aucun doute sur les intentions du législateur.

« Attendu, dit un arrêt de cassation (1), que la faculté exceptionnelle d'évocation attribuée aux juges d'appel par dérogation à la règle ordinaire du double degré de juridiction, ne peut en aucun cas et sur aucune matière, être séparée des conditions sous lesquelles seules, elle leur a été accordée... que le tribunal civil de la Seine, en infirmant le jugement rendu par le juge de paix, a évoqué le fond et retenu la cause et qu'en même temps, il a renvoyé la cause à trois semaines pour être statué ce que de droit ».

Par conséquent la sanction de l'inobservation de cette règle est la nullité de la décision rendue ; nous avons développé plus longuement la question de la sanction de l'article 473, mais en ce qui concerne cette condition, il n'y a pas pour la Cour de cassation, de difficulté à exercer son contrôle, comme au cas où il s'agit d'apprécier l'état de l'affaire ; il suffit de constater que le tribunal d'appel n'a pas rendu un seul

(1) Cass., 3 décembre 1846, D. P. 47.1.29.

jugement. C'est pourquoi on peut indiquer ici, comme une question particulière, les caractères de cette nullité spéciale à l'inobservation de la troisième condition de l'article 473. Cette nullité peut-elle se couvrir, est-ce que la partie peut proposer cette nullité après qu'elle a procédé devant le juge d'appel, sans protestation, depuis l'évocation ?

Sur ce point, la jurisprudence de la Cour de cassation a varié. Elle a d'abord jugé (1) que les parties, plaidant devant une Cour d'appel qui, après avoir réformé un jugement interlocutoire, a retenu le fond pour une autre audience, ne sont pas réputées couvrir, par acquiescement, la nullité résultant de ce que le fond ne peut être jugé séparément de l'interlocutoire.

Depuis, la Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence et elle a décidé que la partie qui exécute sans réserve l'arrêt qui évoque à tort le fond en infirmant un jugement de première instance, n'est pas recevable à attaquer plus tard cet arrêt sous prétexte d'évocation illégale (2).

Bien que cette jurisprudence paraisse en conformité avec les principes qui régissent l'acquiescement, nous ne pouvons que lui adresser les critiques déjà formulées d'une façon plus générale dans notre première partie, contre les décisions qui se refusent à conférer aux conditions de l'art. 473 un caractère d'ordre public (3).

(1) Cass., 18 juin 1817, S. et P. chr.

(2) Cass., 18 juillet 1848, S. 48.1.707.

(3) CHAUVÉAU considère que cette règle est d'ordre public, *op. cit.*, Question 1702.1.4°.

**

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de ce que nous avançons.

On pourrait croire qu'il est interdit au juge d'ordonner des mesures d'instruction ; ce qui est interdit, c'est d'infirmar le jugement avant dire droit puis d'ordonner une mesure d'instruction, parce que dans ce cas, l'arrêt sur le fond ne peut intervenir en même temps que l'infirmary ; mais si les mesures complémentaires précèdent l'arrêt infirmatif, l'article 473 ne supportera aucune atteinte ; ce qui importe c'est qu'il n'y ait pas une première décision ; l'article 473 sera donc respecté si, après la mesure d'instruction, il intervient un même jugement sur l'interlocutoire et sur le fond.

Cette interprétation, conforme d'ailleurs aux ordonnances de 1579 et 1667, ne viole pas non plus l'esprit de la loi, il n'y a pas de raison pour refuser au juge d'appel le droit de s'éclairer avant de statuer définitivement.

**

De même encore, la jurisprudence décide que le juge qui a ordonné une mesure ayant trait à l'exécution de sa décision, ne viole pas l'article 473.

Voici un exemple ancien : sur l'appel d'un jugement qui, au lieu de prononcer immédiatement sur une demande en nullité d'acte, a ordonné une vérification d'écriture, la Cour peut, en infirmant le jugement

dénoncé, statuer au fond par un un même jugement et toutefois ordonner une expertise à l'effet de parvenir à la liquidation des condamnations (Req., 7 juillet 1814).

Les mesures d'instruction qui peuvent être ordonnées ne sont pas limitées par la jurisprudence.

Si la Cour infirme un jugement rejetant la preuve de faits de captation (en matière successorale) elle peut sans contrevenir à l'article 473, ordonner une enquête sur ces faits déclarés inadmissibles par les juges de première instance, et prononcer ensuite par un autre arrêt sur les résultats de l'enquête.

L'hypothèse la plus normale est celle où le juge d'appel ajoute à sa décision une condamnation en dommages-intérêts, il serait absurde de renvoyer leur fixation devant le juge de première instance (1).

Si un autre arrêt est nécessaire pour apprécier le résultat des errements ordonnés, ce n'est pas le fond qui est remis en question ; cependant, dans le cas cité plus haut d'une enquête sur des faits repoussés par le juge de première instance la distinction est plus délicate ; mais en tous cas, il ne faut pas s'attacher trop à la lettre de l'article 473 ; il faut avant tout choisir la solution la plus rapide et la plus logique.

Nous croyons devoir néanmoins rappeler ici une espèce déjà étudiée dans un précédent ouvrage (2) qui montre parfaitement qu'il faut procéder à une analyse très serrée de la question pour échapper à une confusion. C'est une espèce qui se présente à première vue comme une dérogation à l'article 473.

(1) Cass., 10 juillet 1839, S. 39.1.958.

(2) Thèse LELONG, Paris, 23 avril 1890, D. 91.2.175.

Un sieur A..., sujet italien, s'était mariée avec une de ses compatriotes à Constantinople, devant la Chancellerie de leur pays ; les époux étaient venus habiter Paris avec leur famille, quand le sieur A... demanda au tribunal de la Seine de prononcer l'interdiction de sa femme, atteinte d'une maladie mentale.

Il requit préalablement au jugement de cette instance la réunion du conseil de famille et l'interrogatoire de son épouse par un magistrat. Le tribunal de la Seine se déclara incompétent, en prétendant que l'examen des questions relatives au statut personnel des étrangers échappait à la compétence des tribunaux français.

La Cour de Paris décida que l'incompétence des tribunaux français n'était pas d'ordre public, évoqua le fond, ordonna la convocation du conseil de famille pour donner son avis sur la demande en interdiction, et l'interrogatoire de la dame A... et renvoya les parties pour être statué sur la demande principale devant le tribunal de la Seine.

Les juges d'appel n'ont pas statué sur l'interdiction ; pouvaient-ils évoquer ? Mais si on approfondit un peu la question, on constate ceci : le fond de l'affaire dans l'espèce, ce n'était pas l'interdiction, mais la convocation du conseil de famille et l'interrogatoire de l'une des parties. La cour n'avait, par conséquent, pas violé les lois sur l'évocation en ordonnant les mesures préparatoires à l'interdiction.

A vrai dire l'expression, mesure préparatoire, est inexacte.

La procédure d'interdiction est divisée en deux phases, le premier jugement, dans une instance en

interdiction, n'est pas un jugement préparatoire. Il y a plutôt deux instances successives et l'évocation dans l'une d'elles ne peut avoir d'effet sur la seconde. Le procès n'était pas terminé mais la première phase l'était, et la demande n'avait pas été formulée sur l'interdiction elle-même.

*
* *

Nous devons faire une réserve de plus.

Il importe en effet de bien préciser que l'obligation de juger le fond et l'interlocutoire par un seul et même jugement est une condition de la faculté d'évocation. Elle n'existe pas dans le cas où le fond a été dévolu à la cour par l'acte d'appel, c'est-à-dire lorsque le jugement dont appel a statué sur le fond.

Il est certain que, dans ce cas, le juge d'appel doit, après avoir infirmé et si la cause ne lui paraît pas encore en état, ordonner un plus ample informé devant lui.

C'est là une application pure et simple de l'effet dévolutif ; nous croyons devoir la signaler ; en effet, il se trouve quelquefois qu'on défère à la cour de cassation pour violation apparente de l'article 473 un arrêt de cour d'appel ; il importe de bien éviter la confusion.

CHAPITRE V

La compétence du juge qui évoque

§ 1^{er}. — LE TRIBUNAL D'APPEL DOIT ÊTRE LE JUGE DU SECOND DEGRÉ DANS L'AFFAIRE EN LITIGE

Nous avons indiqué, en traçant un court historique du droit d'évocation, que dans la période intermédiaire, le législateur avait méconnu la règle la plus essentielle d'une bonne organisation de deux degrés de juridiction : le principe de la hiérarchie.

L'évocation, en effet, qui a pour résultat de dessaisir le juge compétent, ne peut être opérée que si sont données des garanties de meilleure justice ; elle n'aurait aucune raison d'être si des juges de même qualité pouvaient attirer à eux une affaire ; l'exercice du droit d'évocation n'est conféré qu'aux tribunaux d'appel qui sont, dans la hiérarchie judiciaire, les supérieurs immédiats du tribunal dont la décision est infirmée.

Le législateur n'a pas entendu conférer la faculté de l'article 473 à des juges d'appel quelconques, le magistrant évoquant doit être en effet le juge naturel de l'appel et avoir compétence pour statuer à son tour, mais en dernier ressort sur le litige évoqué ; ce droit

n'est pas réservé nécessairement à la Cour d'appel, le tribunal civil pourra également user de l'évocation en infirmant une sentence du juge de paix.

Il faut que la juridiction inférieure dont la décision est annulée ait été elle-même compétente ; il suffit de citer l'exemple d'une Cour d'appel annulant un jugement d'un tribunal de commerce parce que le litige était de la compétence du juge du paix ; évidemment, la Cour ne peut évoquer puisque le tribunal d'appel serait le tribunal civil de première instance. Il en est bien différemment si la Cour déclare qu'au contraire le litige était de la compétence du tribunal civil du même lieu, parce que dans ce cas elle est le juge naturel de la cause.

Cette dernière proposition paraît fort simple, et cependant la jurisprudence est hésitante ; la Cour de Paris a décidé qu'elle ne pouvait évoquer un procès qui était de la compétence du juge de paix en se fondant sur ce que les cours d'appel n'étaient pas juges d'appel des contestations rentrant dans la juridiction des juges de paix (1).

La cour de Chambéry a jugé le contraire pour une affaire qui appartenait en première instance au juge de paix et en appel au tribunal civil d'arrondissement (2) ; une autre question se poserait si le juge de paix était compétent en dernier ressort, qui sera examinée plus loin. En ce qui concerne l'espèce présente, nous pensons que la décision de Chambéry méconnaît les règles mêmes de la compétence en matière d'appel.

(1) Paris, 20 juin 1863, D. 63.2.177.

(2) Chambéry, 14 juillet 1866.2.207.

Nous avons déjà indiqué que la question fut longtemps discutée de savoir si un juge d'appel, annulant pour incompétence la décision du juge saisi en première instance, pouvait évoquer le fond. La jurisprudence, avons-nous dit, a depuis longtemps admis que le droit d'évocation s'applique aussi bien au cas d'incompétence que de vice de forme entraînant l'annulation de la décision des juges de première instance. Il n'y a donc pas à distinguer suivant que le juge déclaré incompétent a ou non jugé le fond, ni si l'appel a ou non porté sur le fond. Il suffit que l'affaire soit en état ; mais il faut cependant admettre deux limites raisonnables à cette proposition : il faut d'une part que le juge d'appel ne soit pas lui-même incompétent « *ratione materiae* » pour statuer au fond et d'autre part, que le juge d'appel puisse, d'après la loi, statuer en dernier ressort sur le litige.

Le cas le plus typique est celui de l'appel d'une ordonnance de référé ; nous nous sommes déjà longuement étendus sur cette question.

Le juge d'appel ne peut évoquer lorsqu'il annule une ordonnance de référé incompétemment rendue ; en effet, la juridiction qui connaît de l'appel des référés n'est pas la Cour d'appel proprement dite, mais la chambre des référés (nous avons dit que le législateur a créé deux hiérarchies de tribunaux). Si donc la chambre des référés évoquait, elle serait incompétente *ratione materiae*.

C'est donc là un cas assez rare d'incompétence *ratione materiae* ; car en appel, les deux compétences *ratione materiae* et *ratione loci* se confondent le plus souvent : en effet, la Cour évoque quand elle annule

pour incompétence *ratione materiae*. Pourquoi ? Parce que elle est le juge d'appel du tribunal réellement compétent (exemple du tribunal civil compétent au lieu du tribunal de commerce).

Il est cependant d'autres exemples :

La Cour de cassation a fréquemment jugé que le tribunal civil annulant pour incompétence une sentence du juge de paix ne peut évoquer le fond que s'il s'agit d'un litige pouvant être jugé en dernier ressort par le tribunal civil. S'il s'agit au contraire d'un procès portant par exemple sur une somme supérieure à 1.500 fr. (1) ou d'une question de propriété, le tribunal civil ne peut en connaître par voie d'évocation, et la raison en est bien simple : supposons que le tribunal civil se saisisse d'une affaire en déclarant que le juge de paix était incompétent, il violerait forcément deux règles essentielles de notre procédure, et d'abord la règle du double degré de juridiction, car il paraîtrait reconnaître aux parties un troisième degré de juridiction puisqu'il ne serait compétent qu'en premier ressort. Disons d'ailleurs qu'un tel jugement devrait être frappé de pourvoi en cassation, car la Cour de cassation a toujours décidé que l'appel n'était pas recevable d'un tel jugement ; et elle a toujours considéré que, quelle que soit la nature du litige, le tribunal qui évoque doit être présumé avoir statué en dernier ressort. Son jugement ne serait susceptible d'appel que si les parties avaient recommencé une nouvelle procédure ; encore est-il qu'il ne faudrait point déduire cette

(1) La compétence en dernier ressort du Tribunal civil a été portée à 7.500 fr. par le décret du 28 mars 1934.

intention, comme le dit un arrêt du 20 janvier 1897 (1) du fait que les parties auraient conclu à l'évocation. L'annotateur de cet arrêt ajoute avec raison que l'on ne pourrait pas non plus permettre à un tribunal de se prononcer en dernier ressort sur un litige pour lequel la loi ne lui a attribué qu'une juridiction de premier degré, en invoquant l'effet dévolutif de l'appel, et il justifie son opinion en ces termes.

« Il paraît plus juridique de dire que lorsque le
« jugement de première instance est annulé pour
« incompetence du juge, l'appel ne produit pas pour
« le fond, l'effet dévolutif ; le jugement au fond
« n'existe plus, le fond n'a pas été jugé. »

Nous pensons néanmoins que des conclusions prises au fond par les deux parties en présence qui inter-jettent appel, tant sur la compétence que sur le fond, donnent au juge le pouvoir de statuer sur le fond (2).

Mais en tous cas, dans notre discussion actuelle, nous ne pouvons raisonnablement envisager que les tribunaux civils aient reçu mission de terminer en dernier ressort un litige supérieur à 1.500 francs ou un procès pétitoire ; ils ne peuvent s'instituer juges souverains d'un litige dont ils ne doivent connaître qu'en premier ressort.

Il nous semble intéressant d'illustrer ces considérations en citant un arrêt récent de la Cour de cassation qui, précédé de nombreux autres, pose fermement le principe (3) : « Attendu que la faculté d'évoquer n'appartient au juge d'appel que dans le cas

(1) Sirey 1899.1.273.

(2) Voir note APPLETON précitée, S. 86.2.137.

(3) Cass., 3 mai 1927, *G. P.* 1927.2.269.

« où par application des règles qui déterminent sa
« compétence, il a le pouvoir de juger en dernier
« ressort les contestations dont il se saisit par l'évo-
« cation ; Attendu qu'il s'agissait en l'espèce d'un
« procès entre bailleur et preneur sur l'interprétation
« à donner au bail relativement à des prestations
« d'une valeur indéterminée ; que, par son objet et
« sa nature, ce litige excédait la compétence en der-
« nier ressort du tribunal de première instance ;

« Attendu que sur l'appel d'une sentence du juge
« de paix de Nonancourt, le tribunal de première
« instance d'Evreux, après avoir déclaré à bon droit
« l'incompétence du juge de paix à raison de la
« matière, a évoqué le fond dont il n'aurait cepen-
« dant pu connaître qu'à charge d'appel ; Attendu
« qu'en statuant ainsi, le tribunal a méconnu les
« principes du double degré de juridiction. »

La Cour de cassation a encore appliqué le même principe quand, à l'occasion d'une action en bornage, le défendeur soulève une question de propriété ; le tribunal ne serait compétent qu'en premier ressort, il ne peut évoquer (1).

Toutes ces décisions ont cependant admis une exception qui selon nous ne se justifie pas. « Il n'en est pas
« ainsi du moins s'il ne résulte ni des qualités ni des
« motifs du jugement que les parties aient manifesté
« l'intention de renoncer au bénéfice des deux degrés
« de juridiction » (2). Proposition que nous avons combattue dès le début de cet ouvrage, parce que

(1) Cass. (Ch. civ.), 27 juin 1929, *G. P.*, 1929.2.483.

(2) Cass., 26 février 1922, *S.* 1923.1.350

nous la retrouvons à propos de toutes les questions importantes.

En résumé, il faut que le juge d'appel, pour pouvoir évoquer ait le pouvoir de juger en dernier ressort la contestation dont il se saisit ; par suite, si nous supposons un litige porté devant le tribunal civil, celui-ci pourra évoquer si la demande est inférieure à 3.000 (1) s'il s'agit d'un litige porté devant la Cour d'appel, et si le tribunal dont le jugement est infirmé est un tribunal d'arrondissement, la Cour sera toujours compétente pour évoquer le fond ; nous renvoyons à l'étude faite dans le chapitre II (infirmation pour incompétence) aucune question de compétence se pose, sauf la question de compétence *ratione loci* qui sera examinée ci-après.

§ 2. — DU CAS OÙ LE LITIGE NE COMPORTE QU'UN DEGRÉ
DE JURIDICTION

Si nous rappelons le principe formulé dans le paragraphe précédent, une déduction logique s'impose ; dans un procès qui ne comporte qu'un degré de juridiction, le tribunal d'appel qui infirme pour incompétence ne serait pas le tribunal d'appel de l'affaire régulièrement jugée au fond, par conséquent, l'évocation semble impossible.

Tel n'est pas l'avis de la jurisprudence ; nous devons pour formuler notre appréciation, examiner deux cas dans lesquels la jurisprudence s'est montrée, d'ailleurs, d'une inégale fermeté.

(1) 4.500 fr. (Décret du 28 mars 1934).

*A) Le tribunal qui infirme est seul compétent
en premier et dernier ressort*

M. Glasson, dans une note au Dalloz (1884.2.201) refuse le droit d'évocation dans tous les cas ; ce droit n'est en effet qu'une dérogation aux règles ordinaires de la compétence absolue, il doit être interprété restrictivement.

Cependant, la jurisprudence permet au tribunal d'arrondissement d'évoquer lorsqu'il est saisi par voie d'appel contre un jugement d'un juge de paix, si l'affaire est de sa propre compétence en premier et dernier ressort (1). Nous croyons pouvoir admettre cette solution qui présente l'intérêt pratique de permettre au tribunal de statuer sur une affaire qui est de sa compétence, sans obliger les parties à refaire de la procédure ; au fond, les règles de la compétence ne sont pas violées, l'instance est engagée d'une façon irrégulière, mais le tribunal ne dérange pas l'ordre public en couvrant cette irrégularité.

Sur ce point, d'ailleurs, toute controverse paraît terminée ; on peut admettre que le tribunal qui évoque respecte une des règles fixées dans le paragraphe précédent ; il a le pouvoir de statuer en dernier ressort, par suite de terminer le litige (2).

(1) Dalloz, Code de Proc., art. 473, n^{os} 264 et suiv.

(2) Trib. civ. Toulouse, 3 janvier 1913, *G. Trib. Midi*, 21 mars 1913.

B) *L'affaire est de la compétence en dernier ressort
des juges de première instance*

C'est l'hypothèse inverse de la précédente, et sur ce point la jurisprudence et la doctrine se montrent beaucoup plus hésitants, et les raisons de pratique que nous venons d'invoquer ne trouveraient plus leur place ici.

Cependant, une partie de la jurisprudence et de la doctrine se prononcent pour l'évocation, voici quels sont les arguments invoqués :

On prétend tout d'abord que l'article 473 ne distingue pas et que dans ses termes généraux on doit voir une attribution de juridiction qui doit être d'autant moins restreinte dans son application qu'elle a pour objet d'économiser les frais et d'accélérer la marche de la justice. Refuser l'évocation ? Ce serait conduire à ce résultat que dans les causes où le litige excéderait le taux du dernier ressort, les Cours, en évoquant, auraient le droit de priver les parties de la garantie des deux degrés de juridiction que la loi a institués en leur faveur, et qu'il ne leur serait pas permis de les en priver dans les causes soumises à un seul degré de juridiction.

Bonfils (n° 1442) écrit en effet que les parties n'ont droit qu'à un seul degré de juridiction ; elles l'ont dans la Cour ; en ne les renvoyant pas devant le tribunal de première instance, on atteint le but de l'évocation ; frais économisés, lenteurs évitées.

C'est également l'opinion soutenue par Labbé (1) et admise par de nombreux arrêts (2).

Nous croyons devoir repousser cette théorie en nous appuyant sur d'autres auteurs et d'autres arrêts (3).

Le droit d'évocation est établi uniquement en faveur du tribunal du second degré, en permettant d'abrégier la procédure, mais il ne peut avoir pour effet de proroger cette juridiction ; s'il en était autrement, il y aurait un véritable trouble apporté dans des principes de compétence qui tiennent essentiellement à l'ordre public ; la cour ne peut donc être saisie que de la question de compétence, il ne lui est pas loisible de connaître le fond ; il pourra arriver que le tribunal d'arrondissement ne tienne pas compte de l'arrêt de la Cour, mais il est certain que c'est là précisément son droit. Il est juge souverain ; on ne peut lui reprocher de manquer aux règles de la hiérarchie judiciaire, puisque, dans ce cas, cette hiérarchie n'existe pas.

Le système pratique des partisans de l'affirmative manque de logique ; l'intérêt des plaideurs doit fléchir devant les principes d'ordre public ; et, au fond, est-ce bien l'intérêt des plaideurs de les distraire de leur juge naturel ?

Une partie importante de la jurisprudence est pour la négative en faisant valoir une idée très juste ; elle admet l'évocation en cas d'annulation pour incompétence si le tribunal inférieur n'a statué qu'en premier

(1) Note au Sirey, 1884.1.145.

(2) Rouen, 20 avril 1880, S. 81.2.245 ; Cass., 21 mars 1883, D. 84.1.397.

(3) GLASSON et TISSIER, *Cours de Procédure*, voir les auteurs cités au Dalloz, *Rép. Prat.*, V^o Appel, n^o 649.

ressort, parce que dans ce cas, les règles de la hiérarchie sont respectées ; il en est autrement, dit la Cour de Nancy (1) si le tribunal compétent pour connaître de la contestation l'aurait tranchée en dernier ressort s'il avait été saisi.

La Cour de cassation paraît avoir jugé d'une façon définitive que le tribunal d'appel ne peut connaître que des moyens d'incompétence, et qu'il ne lui appartient pas d'examiner la décision des premiers juges, sous d'autres rapports (2).

§ 3. — LE TRIBUNAL DU SECOND DEGRÉ DOIT ÊTRE COMPÉTENT « RATIONE LOCI »

Toute discussion est facilement écartée au cas où la Cour d'appel infirme le jugement de première instance pour cause d'incompétence *ratione loci* ; en effet, en première instance, une des parties avait présenté un déclinatoire tendant à faire opérer le renvoi de l'affaire devant un tribunal situé hors du ressort de la Cour appelée à décider de la valeur du déclinatoire, par conséquent, il ne peut être question d'évocation. La Cour d'appel n'est pas liée par le lien hiérarchique avec le tribunal qui devait connaître de l'affaire. Si la Cour évoquait, elle commettrait une usurpation en s'attribuant un pouvoir qui appartient à une autre Cour d'appel.

Nous envisageons bien entendu le cas où le déclinatoire tend au renvoi devant un tribunal d'un autre

(1) Dalloz, 74.2.77.

(2) Cass., 28 juin 1922, *G. P.*, 1922.2.442.

ressort, tandis que si le tribunal compétent est du même ressort, la Cour pourra évoquer dans la mesure où nous l'avons admis dans les paragraphes précédents.

La condition que nous indiquons est nettement déterminée par un arrêt de Nancy cité fréquemment (1).

Si l'évocation peut avoir lieu, « c'est à la condition « que l'objet du litige comporte les deux degrés de « juridiction et que le tribunal qui devait en connaître « appartienne au ressort de la Cour, autrement, ce « serait priver les parties des juges que la loi leur « assigne ».

Le principe que nous venons de formuler n'empêche point qu'une Cour d'appel, saisie d'un renvoi de cassation, puisse infirmer la décision de première instance et évoquer, bien que l'autre Cour ne l'ait pas fait ; ceci est bien compréhensible puisque la Cour de renvoi est entièrement subrogée à la première ; ceci est admis, sans hésitation aucune et depuis longtemps par la Cour de cassation (2).

La Cour de cassation, dans un arrêt ancien, a eu à se prononcer sur un cas curieux : elle a admis que la Cour de renvoi peut évoquer et statuer sur le fond, bien que soit survenu pendant l'instance en cassation (qui n'est pas suspensive) un jugement déféré par appel à la Cour dont l'arrêt a été cassé (3).

Une restriction doit être indiquée à propos des pouvoirs de la Cour de renvoi. Si nous admettons en effet

(1) Nancy, 25 juillet 1876, D. 77.2.157.

(2) 5 nov. 1861, D. 61.1.300.

(3) Cass., 17 août 1820.

les solutions indiquées, c'est parce que la Cour de renvoi qui infirme elle-même le jugement de première instance pour incompétence *ratione loci* ; en effet, la première Cour n'aurait pas pu évoquer elle-même, puisqu'elle était incompétente.

Que dire si la Cour de renvoi décide que l'un des tribunaux de son ressort était compétent ? Nous ne pensons pas que l'évocation puisse se faire, car la cause n'aurait pas parcouru en fait les deux degrés de juridiction. La question ne paraît pas se présenter, car il n'appartient pas aux cours et tribunaux d'indiquer quelle est la juridiction compétente : les parties sont renvoyées à se pourvoir.

CONCLUSION

ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ

On peut affirmer que presque toutes les législations étrangères ont établi des juridictions d'appel (sauf la Turquie, à notre connaissance ; V. Code de Procédure de 1927) parce que le plaideur de tous les pays et de tous les temps se croirait victime de la plus grande injustice qui soit s'il succombait sans avoir la permission de reprendre le combat avec de meilleures armes (nous en appelons à tous ceux qui, comme nous-mêmes, sont mêlés à la pratique des affaires et qui ont tant de peine à expliquer à leurs clients pourquoi leur affaire n'est pas susceptible d'appel).

Et toutes les législations étrangères ont, elles aussi, une institution analogue à la nôtre (sauf l'Allemagne), en tous cas on a toujours été frappé de certains inconvénients qui naissent de l'abus de l'appel ; beaucoup de pays sont d'ailleurs allés plus loin que nous dans leur désir de célérité des affaires.

C'est pourquoi la meilleure des conclusions, croyons-nous, est celle qui consiste, après avoir donné un rapide aperçu de quelques systèmes adoptés, à rechercher s'ils présentent quelque supériorité sur le nôtre et s'il conviendrait de s'en inspirer.

Cette étude nous permettra également de nous élever avec d'autant plus de force contre certaines tendances en faveur d'une suppression pure et simple de l'évocation, qui nous viennent de l'exemple allemand.

Nous allons donc exposer les solutions admises, en nous réservant de porter un jugement d'ensemble afin de ne pas alourdir notre étude par des observations de détail.

A) *Allemagne.* — L'organisation judiciaire allemande présente beaucoup d'analogies avec la nôtre, les codes des 27 et 30 janvier 1877 ont consacré l'existence des tribunaux d'appel et établi un système hiérarchique plus rigoureux que le nôtre.

Au degré inférieur de la hiérarchie, on trouve le tribunal de baillage qui correspond au juge de paix français, dont toutes les sentences sont susceptibles d'appel devant le tribunal régional qui est la réplique de notre tribunal civil.

Le tribunal régional ne juge lui-même qu'en premier ressort toutes les contestations qui lui sont soumises, celles qui sont de sa compétence et celles qui lui sont déférées comme juge d'appel (art. 71). Toutes ses sentences peuvent être frappées d'appel devant le tribunal régional supérieur.

Le Code allemand établit donc fermement la règle du double degré de juridiction et même du triple degré de juridiction pour certaines affaires, puisque le tribunal régional ne juge jamais qu'en premier ressort.

Le législateur allemand se caractérise par son souci d'ordre et de logique ; chaque tribunal doit accomplir

sa mission jusqu'au bout ; les parties n'ont pas la faculté, comme en France, d'allonger indéfiniment le procès par des appels fréquents à propos de tous les incidents soulevés, c'est-à-dire que sont portés devant les tribunaux supérieurs les jugements définitifs rendus par les tribunaux inférieurs ; le mot « définitif » n'a pas un sens variable comme dans notre droit.

Notre article 473 parle lui aussi de « jugements définitifs », nous avons vu qu'il s'agit de jugements définitifs sur incidents ; ou bien encore, en droit français, un jugement définitif est celui qui a l'autorité de la chose jugée ; en Allemagne, jugement définitif veut dire jugement terminant le procès.

Il est cependant des jugements qui terminent le procès d'une façon imparfaite, sans statuer réellement au fond, si ces jugements sont infirmés, le tribunal supérieur n'a pas le droit de retenir le fond.

L'article 500 du Code de procédure allemand contient une disposition tout à fait exceptionnelle et qui montre bien la différence de deux conceptions.

« Le tribunal d'appel renverra l'affaire au tribunal de première instance, en tant que de nouveaux débats sont nécessaires :

« Si le jugement attaqué a rejeté une opposition comme non recevable.

« Si le jugement attaqué n'a statué que sur des exceptions dilatoires...

« Si le jugement attaqué a été rendu par défaut... »

Nous pouvons dire par conséquent que toutes les fois que le fond n'a pas été examiné en première instance le tribunal d'appel ne peut en connaître.

B) *Italie*. — Le Code italien ne reproduit les dispositions de l'article 473 que pour les jugements interlocutoires et d'incident, et il indique une solution spéciale pour les jugements sur la compétence.

Les règles que doit suivre le juge d'appel sont indiquées d'une façon très détaillée pour chaque cas ; ce qui supprime évidemment toute difficulté et aussi tout commentaire.

Quand l'autorité judiciaire d'appel confirme une sentence interlocutoire ou incidente, elle doit renvoyer la cause, pour la procédure ultérieure, au juge du premier degré.

Quand l'autorité judiciaire réforme une sentence interlocutoire ou incidente, et que l'état de l'affaire ne lui permet pas de rendre une décision définitive, elle doit renvoyer la cause à l'autorité judiciaire du premier degré.

Quand l'autorité judiciaire d'appel réforme une sentence interlocutoire incidente, et qu'elle trouve la cause « mûre » pour une sentence définitive, elle doit prononcer sur la réformation et sur le fond par une même sentence.

Et enfin, quand l'autorité judiciaire d'appel réforme une sentence définitive et qu'elle ordonne des actes d'instructions ultérieurs elle peut retenir la cause ou la renvoyer aux premiers juges.

Telles sont les dispositions de l'article 492 du Code italien ; elles sont, sous une forme plus précise, celles de notre article 473 : possibilité d'évoquer à condition de statuer définitivement ; mesure d'instruction possible quand la Cour est saisie au fond par l'effet dévo-

lutf, mais impossible au cas d'appel d'un jugement d'incident.

Ces dispositions sont plus claires que celles de notre Code, en effet l'article 473 permet des solutions divergentes en ce qui concerne les jugements sur la compétence. Le Code italien a évité toute difficulté en décidant dans son article 493 que si, en première instance il n'a été prononcé que sur la question de compétence, la Cour d'appel ne peut statuer que sur ce chef.

Les raisons qui ont inspiré le législateur italien sont bien celles que nous avons indiquées dans notre introduction. M. Chiovenda souligne (1) le conflit qui existe entre le principe nécessaire en procédure du double degré de juridiction, et le désir de rapidité et d'économie qui doit être également l'un des principes directeurs d'une organisation moderne de la procédure.

Pays-Bas. — Le Code de procédure civile des Pays-Bas contient une série de dispositions qui sont beaucoup plus explicites que l'article 473 de notre Code ; il nous a paru que le législateur néerlandais a envisagé avant tout l'intérêt des plaideurs qui est d'obtenir une prompt solution du litige.

Il y a lieu de distinguer l'appel des jugements interlocutoires et l'appel des jugements sur la compétence.

Si le juge d'appel confirme le jugement interlocutoire ou d'incident, la cause est renvoyée au juge de première instance qui doit statuer sur le fond ; c'est exactement ce qui a lieu chez nous ; mais l'article 355

(1) *Principii di diritto processurale civile*, 3^e édit., p. 980.

du Code hollandais indique une exception remarquable : le juge d'appel statue lui-même sur le fond si les parties le requièrent ; il faut néanmoins que la cause soit en état et qu'il statue par un même jugement.

Si le juge d'appel infirme l'interlocutoire, il peut évoquer dans les mêmes conditions que celles indiquées par notre article 473 (art. 356).

Dans le cas de confirmation d'un jugement par lequel le premier juge s'était déclaré compétent, le juge d'appel doit renvoyer la cause devant les premiers juges à moins que les parties ne lui demandent de statuer au fond (art. 357).

Au cas d'infirmité d'un jugement par lequel le premier juge s'était déclaré incompétent, le juge d'appel doit renvoyer au premier juge ; il peut cependant statuer si les deux parties le demandent ; il peut encore renvoyer la cause à un autre juge s'il estime qu'il y a danger pour les parties à ce que le juge initial soit saisi (art. 358).

Le système néerlandais est donc plus complet que le nôtre en ce que, d'une part, il prévoit tous les cas d'évocation et évite ainsi les controverses que nous avons examinées à propos de notre article 473, et que d'autre part il n'apporte aucune condition de droit strict à la faculté d'évoquer.

Les parties peuvent toujours inviter le juge à évoquer dans tous les cas, même quand le tribunal d'appel confirme ; l'ordre public passe après l'intérêt des parties.

Le système néerlandais est ce qu'on peut trouver de plus opposé au système allemand, mais il est comme lui, à notre sens, entaché d'un manque de mesure et de

bon sens ; le premier trouble l'ordre des juridictions et viole la règle du double degré de juridiction ; le second confère à cette règle un caractère étroit et rigide qui est incompatible avec une bonne administration de la justice.

Nous indiquons d'ailleurs qu'on trouve dans les Codes des Cantons de Genève et de Fribourg des dispositions analogues à celles du Code hollandais.

Là encore le législateur a posé un principe : le renvoi devant le juge du premier degré si le jugement dont est appel n'est intervenu que sur un incident, mais les parties peuvent requérir le tribunal cantonal de prononcer sur le fond.

Le législateur de ces cantons suisses mentionne même pour les parties la possibilité de convenir que la contestation sera directement portée devant le juge du second degré. Ceci nous paraît encore troubler l'ordre des juridictions comme nous l'avons montré dans notre première partie en repoussant les prétentions de ceux qui voudraient reconnaître, en droit français, la même faculté aux plaideurs.

Grande-Bretagne. — Avec la procédure anglaise, nous entrons dans une étude bien différente de celles que nous venons de faire.

Il existe, certes, une hiérarchie de tribunaux, mais les Anglais qui ont une conception très personnelle et une haute idée de la justice ont établi une centralisation qu'on ne trouve en aucun autre pays.

Et tout d'abord, il convient de remarquer que le juge anglais, personnage important dans la nation, a

des pouvoirs beaucoup plus étendus que ceux des juges du continent.

Il domine les plaideurs (le juge de comté doit être appelé « Votre Honneur ») il a un pouvoir absolu de sa sentence ; il ne dit pas seulement le droit, mais il le fait ; comme le magistrat romain qui, à la *jurisdictio* joignait l'*imperium*, il peut rendre des injonctions.

Le juge d'appel, en Angleterre, n'est pas limité comme le nôtre par la règle « *tantum devolutum, quantum appellatum* », il peut réformer les parties du jugement contre lesquelles il n'y a pas eu d'appel ; il possède même d'une façon générale, le droit d'évoquer les procès pendants devant le juge inférieur ; et sur ce point on peut dire que la justice anglaise a conservé les institutions qui étaient les nôtres sous l'ancien régime et qui donnaient lieu à tant d'abus. Les Anglais, d'ailleurs, ne paraissent pas en constater, et il est juste de dire que leur vieil édifice judiciaire est solidement entretenu par des magistrats d'une haute valeur et qui sont une élite restreinte.

Comment est appliqué, en Angleterre, le principe de la hiérarchie ?

Les Cours de Comté sont au degré inférieur de l'échelle judiciaire ; elles ne sont composées que d'un seul juge parfois assisté du jury. Ce juge connaît en première instance des affaires dont l'objet ne dépasse pas 50 livres (in common law) ou 500 livres (in equity) le juge de Comté est donc le juge de droit commun.

Au-dessus des Cours de Comté est placée la Cour suprême, unique pour toute l'Angleterre, qui siège à Londres.

Cette Cour comprend d'une part : La Cour d'appel qui comprend outre le Lord Justicier, six juges en tout ; et d'autre part la Haute Cour (27 juges en tout) dont les trois divisions : Chancellerie, Banc de la Reine, testaments divorce et Amirauté, siègent comme tribunaux de première instance pour toutes les affaires excédant la compétence des juges de Comté.

La Cour du Banc de la Reine (ou plutôt une chambre divisionnaire de cette Cour) connaît en outre des appels des Cours de Comté.

La Cour d'appel connaît des appels de tout jugement ou ordre émané de la Haute Cour ou de l'un des juges de cette Cour.

Il n'y a pluralité de juges qu'à la Cour d'appel qui « juge à trois » et à la section divisionnaire du Banc de la Reine qui juge à deux (comme d'ailleurs la Cour d'appel quand il s'agit d'un jugement interlocutoire de la Haute Cour) ceci n'est pas sans présenter de gros inconvénients en cas de partage.

Il y a évidemment pluralité de juges à la Chambre des Lords dont une délégation fait office de Cour Souveraine (qui juge le fait et le droit).

Il existe donc, en Angleterre trois ou même quatre degrés de juridiction, et les juges des Cours de Comté et de La Haute Cour se déplacent dans leurs circonscriptions, tantôt seuls, tantôt par deux, ce qui a fait dire que chez nos voisins la magistrature n'était ni assise ni debout, mais ambulante.

Ceci dit, quels sont les pouvoirs des juges d'appel. La Haute Cour de justice peut toujours, si elle le trouve désirable, évoquer au moyen d'un writ de cer-

tiorari une cause portée devant une Cour de Comté ; ce pouvoir s'exerce à la demande de l'une des parties et peut être exercé par chacun des juges de la Haute Cour, sauf appel devant la Cour tout entière.

La section du Banc de la Reine, lorsqu'elle est saisie de l'appel d'un jugement d'une Cour de Comté possède un pouvoir absolu : elle peut renvoyer l'affaire au juge de Comté avec invitation à examiner à nouveau, ou bien retenir l'entier examen de la cause et juger au fond.

Ce pouvoir s'exerce à l'égard de tous jugements.

L'évocation est donc en Angleterre quelque chose de très large ; elle ne s'exerce pas spécialement sur l'appel des jugements d'incident, nous croyons même qu'elle a lieu rarement à la suite de tels jugements.

En effet les magistrats de la Haute Cour étant peu nombreux, toutes les besognes accessoires sont remplies à Londres par de nombreux « associés » de la justice. Les jugements interlocutoires sont souvent rendus par des « maîtres » qui statuent dans leur cabinet et dont les décisions sont soumises au contrôle de la section du Banc de la Reine.

La Cour d'appel ne date que de la réforme de 1875 et la question s'est posée de savoir si le législateur en décidant que l'appel avait pour but de demander qu'un jugement soit annulé et que la cause soit jugée de nouveau, avait implicitement permis à la Cour de se saisir de l'affaire ; les magistrats ne se prononcèrent pour l'affirmative (arrêt du 4 février 1891) qu'après avoir demandé l'avis de tous leurs collègues de la

Cour d'appel. La raison invoquée fut qu'il fallait éviter les frais et les lenteurs (1).

En définitive, l'évocation, en droit anglais, n'a rien de comparable à celle de l'article 473, elle n'est soumise à aucune condition, elle s'exerce à l'égard de tous jugements ou arrêts, elle est la manifestation du pouvoir absolu d'appréciation du juge ; elle n'est limitée que par l'accord des parties.

Il faut en effet remarquer, en dernier lieu, que la juridiction des Cours de Comté n'est pas exclusive, toute cause rentrant dans les limites de leur compétence peut être portée devant la Haute Cour, et, inversement ; le droit anglais admet la prorogation de juridiction ; les parties peuvent porter devant le juge de Comté une affaire qui n'est pas de sa compétence.

Le droit anglais a donc apporté deux palliatifs à l'excessive lenteur des affaires qui est la conséquence de la multiplicité des degrés de juridiction : l'évocation qui permet au juge d'attirer une affaire pendante devant un autre juge et la place laissée à l'accord des parties qui permet de saisir un tribunal supérieur directement et de sauter un degré de juridiction.

Etats-Unis. — Nous n'indiquons pas les règles particulières à chaque état de l'Union.

Chacun possède en effet sa hiérarchie de tribunaux et on rencontre tous les systèmes possibles et souvent très différents, tantôt trois degrés, tantôt quatre. Cha-

(1) Comte DE FRANQUEVILLE, *Le Syst. Jud. de la Grande-Bretagne*, p. 183.

chacun des États possède sa Cour suprême qui est en réalité une Cour d'appel (1).

L'organisation fédérale comprend au dernier degré de la hiérarchie, les Cours de district, composées d'un seul juge dont la compétence est strictement limitée.

Au-dessus de la Cour de district, est placée la Cour de Circuit (itinérante) c'est un tribunal de première instance dont la compétence est générale pour toutes les affaires dites fédérales, c'est-à-dire classées comme telles par les lois fédérales, et les différends entre citoyens appartenant à des états différents de l'Union ; d'ailleurs le consentement des parties peut attribuer ces affaires aux cours de chaque état.

Mais inversement le défendeur à une action portée devant une Cour locale peut demander à la Cour de circuit d'évoquer le procès. Cette évocation est prononcée pour cause de suspicion, ou au cas constaté de non-protection des droits civiques du défendeur ; formule évidemment assez obscure et permettant aux Cours de circuit d'exercer un pouvoir quasi discrétionnaire.

La Cour suprême de Washington est à la fois Cour de cassation et Cour d'appel ; mais ses attributions en cette dernière matière ont peu à peu été déléguées à des Cours d'appel de circuit, d'ailleurs présidées par chacun des membres de la Cour suprême, et qui ont été instituées par suite de l'abondance toujours croissante des affaires.

La Cour suprême conserve le droit d'évoquer les procès pendants devant les Cours d'appel, soit à la

(1) NERINCKX, *L'organisation judiciaire aux Etats-Unis*.

demande d'une partie, soit à la demande même de la Cour d'appel qui désire être éclairée sur l'affaire.

L'évocation, aux Etats-Unis, a donc lieu à propos de tous jugements et elle est laissée à l'appréciation entière du juge supérieur ; elle ressemble incontestablement à l'évocation de notre ancien droit ; elle n'est pas la « retenue » pour reprendre l'expression de Berriat Saint-Prix, mais la « *translatio litis* », l'attribution d'une affaire à un autre juge que le juge régulièrement compétent ou bien le fait par un juge d'attirer une affaire qui ne lui était pas soumise par les parties.



L'examen rapide que nous venons de faire nous montre : d'une part un groupe d'Etats dont les institutions confèrent au juge d'appel un pouvoir absolu, d'autre part un groupe d'Etats dans lesquels des règles impératives limitent l'action du juge à des degrés divers : tantôt celui-ci ne peut absolument pas violer la règle du double degré de juridiction même dans sa lettre (Allemagne), tantôt l'accord des parties lui permet de s'évader des limites tracées.

Il n'est pas douteux que le législateur français ait conféré aux règles de l'évocation un caractère très strict, en aucun cas les parties ne peuvent permettre au juge d'évoquer irrégulièrement ; c'est du moins ce que nous avons soutenu dans cet ouvrage. Bien que le droit d'évocation constitue une survivance de « l'imperium » du juge, il n'y a là rien de comparable à ce qui se passe en Angleterre ; l'évocation en France n'est pas un pouvoir, mais une faculté.

Doit-on dire qu'il serait préférable d'accorder au juge tous les pouvoirs comme dans les pays anglo-saxons ? Nous ne le pensons pas, bien que l'indépendance de la magistrature soit plus réelle dans ces pays et que les nombreuses défaillances constatées chez nous rendent les Anglais très fiers de leur organisation et inclinent certains esprits à les imiter.

Il y a un gros inconvénient : le juge est tout-puissant, l'appel est donc dirigé contre lui, personnellement, et le juge anglais doit défendre sa sentence ; pour éviter les abus de pouvoir on a tendance à multiplier les degrés de juridiction. Il semble bien que l'Angleterre soit l'Ile des Chats Fourrés dont parlait Rabelais ; les procès y sont plus longs et plus coûteux qu'en aucun autre pays.

Toutefois les pouvoirs du juge français en appel sont encore plus larges que ceux du juge allemand qui ne peut évoquer en aucun cas ; un tel système est certainement contraire à l'esprit de la règle du double degré de juridiction, il manque de souplesse. Est-ce bien assurer la suprématie nécessaire du tribunal d'appel que de l'obliger à renvoyer l'affaire devant le tribunal dont il a infirmé la décision, ou même devant un autre tribunal qui peut encore donner tort au plaideur qui avait obtenu gain de cause devant la Cour, et qui sera obligé de porter appel à nouveau.

Bien que la conception allemande soit très logique et « scientifique » pour employer un terme cher à cette nation, nous pensons qu'il vaut mieux rechercher la mesure, et nous pouvons reconnaître, sans qu'il y ait quelque vanité de notre part, que les règles de notre Code de procédure ont été adoptées dans presque tous

les pays, dans les Codes les plus récents comme le Code chinois, et qu'on a maintenu l'évocation dans la mesure seulement où elle est utile.

Il ne faut pas en effet aller trop loin dans cette voie et ne considérer que l'intérêt des plaideurs.

Nous avons vu que le Code hollandais organise l'évocation dans des conditions identiques à celles de l'art. 473, mais il permet aux parties de demander l'évocation même au cas où les conditions requises ne sont pas réunies.

Nous devons formuler contre ce système les mêmes objections que nous avons développées dans la première partie de cet ouvrage contre la jurisprudence française qui tendait à adopter des solutions identiques, sans toutefois autoriser l'évocation au cas de confirmation (ce qui aurait été logique de sa part, mais notre texte s'y oppose).

Renverser l'ordre des juridictions, c'est amoindrir l'autorité du tribunal d'appel et c'est aussi nuire au plaideur dont l'affaire sera incomplètement instruite ; il faut protéger le plaideur mal informé qui pourrait consentir à une évocation irrégulière.

Les juges d'appel n'ont pas été créés pour remplacer ceux de première instance.

Au terme de cet exposé, nous sommes fondés à préférer le système français malgré les questions qu'il soulève par suite de la concision trop grande du texte.

Il n'y a là aucun parti pris... Mais, depuis quelque temps, les français sont trop portés à admirer systé-

matiquement ce qui se passe chez le voisin et à trouver mauvaises toutes nos institutions. Il y en a beaucoup à réformer, certes, mais ce n'est certainement pas le cas de la procédure civile.

Puisse ce modeste ouvrage, consacré à l'étude d'une des questions les plus intéressantes de la procédure, démontrer que s'il existe des sujets de mécontentement dans ce domaine, la faute en est surtout à ceux qui sont chargés de respecter les règles établies. La mauvaise administration de la justice provient de ce que les règles de procédure sont trop souvent oubliées.

VU : *Le Doyen,*
H. NEZARD.

LU ET APPROUVÉ :
Le Président de thèse,
ANDRÉ PRUDHOMME.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Caen, le 12 juin 1934.

Le Recteur,
L. MAIGRON.

BIBLIOGRAPHIE

1° OUVRAGES GENERAUX

- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français.*
BONCENNE et BOURDEAU. — *Théorie de la procédure civile.*
CARRÉ et CHAUVEAU. — *Les lois de la procédure civile*, 4^e édit., 1872.
CRÉPON. — *Traité de l'appel en matière civile.*
DEMOLOMBE. — *Cours de Droit civil.*
GARSONNET et CÉSAR BRU. — *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale.*
GLASSON et TISSIER. — *Traité théorique et pratique de procédure civile*, 1925-1931.
HENRION DU PANSEY. — *De l'autorité judiciaire en France*, 4^e édit., t. IV, 1872.
JAPIOT. — *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 2^e édit., 1929.
LOCRÉ. — *Législation civile, commerciale et criminelle en France*, t. XXII.
— *Esprit du Code de procédure*, t. II.
MERLIN. — *Questions de droit*, V^e Appel.

POTHIER. — *Œuvres*, édit. de 1825, t. XIV, *Traité de procédure*.

ROUSSEAU et LAISNEY. — *Dictionnaire de procédure civile*, V^o Appel.

2° OUVRAGES SPECIAUX

LABORDERIE-BOULOU. — *Le droit d'évocation*, thèse Bordeaux.

LELONG (Pierre). — *Etude des conditions de l'évocation*, thèse Caen.

CHIOVENDA. — *Principii di diretto processurale civile*, 3^e édit.

DE FRANQUEVILLE. — *Le système judiciaire de la Grande-Bretagne*.

JENKS. — *Digeste de Droit civil anglais*.

NERINCX. — *L'organisation judiciaire aux Etats-Unis*.

3° PUBLICATIONS PERIODIQUES

DALLOZ. — *Répertoire de législation*.

— *Supplément au répertoire*.

— *Répertoire pratique*.

— *Code de procédure civile annoté*.

La Gazette du Palais. — Recueil et tables quinquennales.

FUZIER (Hermann). — *Répertoire général alphabétique*.

SIREY. — *Code de procédure civile annoté*.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7
PREMIERE PARTIE. — LA NATURE DU DROIT D'ÉVOCATION, SON EXERCICE PAR LE JUGE ET LES PARTIES	17
CHAPITRE PREMIER. — <i>La Naissance et le déve-</i> <i>loppement de l'évocation dans notre droit..</i>	17
a) Les origines	17
b) Le droit intermédiaire et la rédac- tion de l'art. 473	23
CHAPITRE II. — <i>Distinction de l'évocation et de</i> <i>l'effet dévolutif</i>	30
CHAPITRE III. — <i>Les Pouvoirs du Juge.....</i>	45
§ 1 ^{er} . — Caractère facultatif de l'évo- cation	45
§ 2. — Le contrôle de l'évocation..	50
§ 3. — Cas où le juge n'évoque pas	54

CHAPITRE IV. — <i>Le Rôle des Parties</i>	57
§ 1 ^{er} . — Etude du système jurisprudentiel d'après lequel les conditions de l'art. 473 ne seraient pas de droit strict.	59
§ 2. — Les conditions de l'art. 473 sont d'ordre public	65
§ 3. — Les tendances plus récentes de la Jurisprudence	73
DEUXIEME PARTIE. — LES CONDITIONS DE L'ÉVOCATION	79
CHAPITRE PREMIER. — <i>Jugements auxquels s'applique l'art. 473</i>	80
§ 1 ^{er} . — Appel des jugements interlocutoires	82
§ 2. — L'infirmité des jugements définitifs	88
CHAPITRE II. — <i>L'infirmité du jugement de première instance</i>	92
§ 1 ^{er} . — De l'infirmité en général.	92
§ 2. — Annulation pour vice de forme	99
§ 3. — Infirmité pour cause d'incompétence	103

TABLE DES MATIÈRES

179

CHAPITRE III. — *L'affaire doit être en état...* 111

§ 1^{er}. — Nécessité de conclusions au fond 112

§ 2. — Il n'est pas nécessaire que ces conclusions soient renouvelées en appel 114

§ 3. — Il suffit de conclusions au fond en appel 116

§ 4. — Validité des conclusions au fond 122

§ 5. — Du cas où une partie refuse de conclure au fond en appel ; de l'évocation par défaut 124

CHAPITRE IV. — *Jugement unique sur l'infir- mation et sur le fond* 137

CHAPITRE V. — *La compétence du Juge qui évoque* 146

§ 1^{er}. — Le tribunal d'appel doit être le juge du second degré dans l'affaire en litige 146

§ 2. — Du cas où le litige ne comporte qu'un degré de juridiction 152

§ 3. — Compétence *ratione loci*... 156

CONCLUSION. — ETUDE DE DROIT COMPARÉ..	159
<i>a)</i> Allemagne	160
<i>b)</i> Italie	162
<i>c)</i> Pays-Bas	163
<i>d)</i> Grande-Bretagne	165
<i>e)</i> Etats-Unis	169
BIBLIOGRAPHIE	175

